



# O DIREITO EM PERSPECTIVA

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS  
(ORGANIZADOR)



# O DIREITO EM PERSPECTIVA

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS  
(ORGANIZADOR)

**Editora chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Editora executiva**

Natalia Oliveira

**Assistente editorial**

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto gráfico**

Camila Alves de Cremo

Daphynny Pamplona

Gabriel Motomu Teshima

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2022 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2022 Os autores

Copyright da edição © 2022 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial****Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa



Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais  
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco  
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México  
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre  
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso  
Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás  
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins



**Diagramação:** Camila Alves de Cremo  
**Correção:** Yaiddy Paola Martinez  
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga  
**Revisão:** Os autores  
**Organizador:** Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

D598 O direito em perspectiva / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.

Formato: PDF  
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader  
Modo de acesso: World Wide Web  
Inclui bibliografia  
ISBN 978-65-258-0030-1  
DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.301222203>

1. Direito. 2. Leis. 3. Constituição. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

**Atena Editora**  
Ponta Grossa – Paraná – Brasil  
Telefone: +55 (42) 3323-5493  
[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
contato@atenaeditora.com.br



## DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.



## DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.



## APRESENTAÇÃO

Em **O DIREITO EM PERSPECTIVA**, coletânea de vinte e nove capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, seis grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos do direito; estudos da violência, do direito penal e da justiça restaurativa; estudos em direito do trabalho; estudos em direito ambiental; direito e tecnologia; além de outras temáticas.

Estudos do direito traz análises sobre liberdade, direitos humanos, direito achado na rua e análise econômica do direito.

Em estudos da violência, do direito penal e da justiça restaurativa são verificadas contribuições que versam sobre violência de gênero, medidas sancionatórias, investigação criminal, neurociência e comportamento criminoso, violência doméstica, inquérito policial e justiça restaurativa.

Estudos em direito do trabalho aborda questões como exploração do trabalho, terceirização e compliance, mulher negra e mercado de trabalho.

Estudos em direito ambiental contempla discussões sobre impactos ambientais e maus-tratos a cães e gatos.

Direito e tecnologia traz conteúdos de modelos de cidade inteligente, valoração da culpa e acesso à justiça.

No quarto momento, outras temáticas, temos leituras sobre educação, saúde, seletividade tributária, contratos, proteção autoral e direito do mar.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

## SUMÁRIO

### **CAPÍTULO 1..... 1**

AS TRÊS CONCEPÇÕES DE LIBERDADE NA OBRA O “O DIREITO DE LIBERDADE” DE AXEL HONNETH

Elisandro Desmarest de Souza

Fernando Danner

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.3012222031>

### **CAPÍTULO 2..... 12**

O FENÔMENO *SHITSTORM* E O SEU POTENCIAL DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Alexsander Honorato de Souza

Geel Wanderson Araújo Coelho

Osvaldo Vanderley de Sousa Junior

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.3012222032>

### **CAPÍTULO 3..... 24**

O DIREITO ACHADO NA RUA: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS DIFERENTES TIPOS DE DIREITO

Josué Carlos Souza dos Santos

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.3012222033>

### **CAPÍTULO 4..... 34**

CONTEXTUALIZAÇÃO E RELEVÂNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA SOCIEDADE

Leydilene Batista Veloso

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.3012222034>

### **CAPÍTULO 5..... 49**

VIOLÊNCIA DE GÊNERO: HISTÓRICO, MIGRAÇÃO VENEZUELANA E PANDEMIA

Martha Klívia de Luna Torres

Rodrigo Bezerra Delgado

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.3012222035>

### **CAPÍTULO 6..... 56**

LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA PROCESADA EN EL ECUADOR

Paola Aycart Vicenzini Mata

María del Pilar Sánchez Ubilla

Teresa López Mendoza

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.3012222036>

### **CAPÍTULO 7..... 66**

A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS INSTAURADAS SOB O MESMO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COMO CAMINHO

PARA MINORAR OS RISCOS DO BIS IN IDEM

Jean Colbert Dias

Anderson Ferreira

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.3012222037>

**CAPÍTULO 8..... 85**

OPERAÇÃO *EXCEPTIS*: UM ESTUDO DE CASO CONTEMPLANDO ANÁLISE DO MODELO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E ADOÇÃO DE BOAS PRÁTICAS PROCEDIMENTAIS

Antenor C Rego Neto

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.3012222038>

**CAPÍTULO 9..... 96**

NEUROCIÊNCIA E O COMPORTAMENTO CRIMINOSO: IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO PENAL

Pablo Martins Bernardi Coelho

Ana Beatriz Camargo

Marcella Ubeda Lui

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.3012222039>

**CAPÍTULO 10..... 107**

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ENTRE CASAIS MILITARES E A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS PROTETIVOS DO DIREITO CASTRENSE

Jeferson Agenor Busnello

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220310>

**CAPÍTULO 11..... 123**

NULIDADES NO PROCESSO PENAL: O INQUÉRITO POLICIAL E SUAS “MERAS IRREGULARIDADES”

Samuel Antonio Aguiar Omena

Isabella Lira de Matos

Carlos Helder Carvalho Furtado Mendes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220311>

**CAPÍTULO 12..... 134**

JUSTIÇA RESTAURATIVA E A COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA: REFLETINDO SOBRE PROCESSOS DIALOGAIS E CULTURA DE PAZ

Marina Della Méa Vieira

Joana Patias Goi

Ester Eliana Hauser

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220312>

**CAPÍTULO 13..... 147**

A RELEVÂNCIA DA APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA SOCIEDADE PONTAGROSSENSE: CAMINHOS E DESAFIOS

Fabiana Odete da Silva dos Santos

Gilmara Aparecida Rosas Takassi

Carla Simone Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220313>

**CAPÍTULO 14..... 164**

SOBRE O DIREITO A SER LIVRE: CONTORNOS HISTÓRICO-RACIAIS SOBRE A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO E O EXEMPLO COMBATIVO DE DOM PEDRO CASALDÁLIGA NA LUTA PELA ERRADICAÇÃO ÀS FORMAS CONTEMPORÂNEAS DE ESCRAVIDÃO

Thaisy Perotto Fernandes

Ivo Canabarro

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220314>

**CAPÍTULO 15..... 178**

TERCEIRIZAÇÃO E COMPLIANCE TRABALHISTA: INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DE AÇÕES JUDICIAIS

Letícia Vasconcelos De Bortoli

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220315>

**CAPÍTULO 16..... 188**

UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A GUETIZAÇÃO DA MULHER NEGRA NO MERCADO DE TRABALHO

Maria Isabel de Sousa Lopes

Patrícia Tuma Martins Bertolin

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220316>

**CAPÍTULO 17..... 203**

OS DESAFIOS E LIMITES DOS INSTRUMENTOS DE COMANDO E CONTROLE COMO FORMA DE REDUZIR OS IMPACTOS AMBIENTAIS

William Picoletto Fibrans

Ana Paula Coelho Abreu dos Santos

Neuro José Zambam

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220317>

**CAPÍTULO 18..... 211**

CRIME QUALIFICADO DE MAUS-TRATOS CONTRA CÃES E GATOS: REFLEXÕES SOBRE A LEI FEDERAL 14.064/2020

Nilsen Aparecida Vieira Marcondes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220318>

**CAPÍTULO 19..... 227**

MODELOS DE CIDADE INTELIGENTE E EMPRESAS CAPITALISTAS DE PLATAFORMA MEDIADAS POR TECNOLOGIAS DIGITAIS

Joseane Kador Balestrim

Cleonice Alexandre Le Bourlegat

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220319>

<b>CAPÍTULO 20</b> .....	<b>242</b>
(H)Á DIFERENÇA NA VALORAÇÃO DA CULPA DE QUEM APENAS DISPONILIZA INFORMAÇÃO INVERIDICA NO AMBIENTE VIRTUAL?	
Natércia Daniela Alflen	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220320">https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220320</a>	
<b>CAPÍTULO 21</b> .....	<b>249</b>
O ACESSO À JUSTIÇA: “JUÍZO 100% DIGITAL” E OS DESAFIOS NO INTERIOR DO AMAZONAS	
Rayssa Lopes da Silva Tavares	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220321">https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220321</a>	
<b>CAPÍTULO 22</b> .....	<b>256</b>
DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO SOB O PRISMA DA HISTÓRICA LEI 11.161/2005	
Giliarde Benavinito Albuquerque Cavalcante Virgulino Ribeiro Nascimento e Gama Graziani França Claudino de Anicézio Márcia Sepúlveda do Vale	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220322">https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220322</a>	
<b>CAPÍTULO 23</b> .....	<b>264</b>
O PAPEL DO PROFESSOR NA SOCIALIZAÇÃO DO CONHECIMENTO: TRANSMISSÃO OU PRODUÇÃO DO SABER?	
Celso Augusto Nunes da Conceição	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220323">https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220323</a>	
<b>CAPÍTULO 24</b> .....	<b>275</b>
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO MUNICÍPIO DE CATALÃO/GOIÁS: ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS ENTRE 2017 E 2021	
Mariana Coelho Cândido José Victor Assunção Emerson Gervásio de Almeida	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220324">https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220324</a>	
<b>CAPÍTULO 25</b> .....	<b>287</b>
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ESSENCIALIDADE NO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE TRIBUTÁRIA	
Gabriela Barbosa Rodrigues Giovana Fujiwara Nathan Gomes Pereira do Nascimento	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220325">https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220325</a>	
<b>CAPÍTULO 26</b> .....	<b>301</b>
CONTRATOS COLIGADOS	
Camila Nava Aguiar	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220326">https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220326</a>	

<b>CAPÍTULO 27</b> .....	<b>335</b>
PROTEÇÃO AUTORAL PARA MODELOS DE VESTUÁRIO? (AC. DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NO CASO COFEMEL/G-STAR (C-683/17) DE 12.09.2019)	
Maria Victória Rocha	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220327">https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220327</a>	
<b>CAPÍTULO 28</b> .....	<b>351</b>
DIREITO DO MAR: O TRANSPORTE MARÍTIMO DE PRODUTOS IMPORTADOS E A APLICAÇÃO DA TECNOLOGIA COMO MEIO DE MITIGAR O IMPACTO AMBIENTAL MARINHO	
Anna Carolina Alves Moreira de Lacerda	
Edwiges Carvalho Gomes	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220328">https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220328</a>	
<b>CAPÍTULO 29</b> .....	<b>359</b>
DIREITOS HUMANOS NA AMAZÔNIA: O PRIMEIRO CASO DE JUSTIÇA TRANSFRONTEIRIÇA EM RONDÔNIA	
Paulo Cesar de Lara	
Gislaine Cunha Vasconcelos de Mello	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220329">https://doi.org/10.22533/at.ed.30122220329</a>	
<b>SOBRE O ORGANIZADOR</b> .....	<b>367</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO</b> .....	<b>368</b>

# CAPÍTULO 1

## AS TRÊS CONCEPÇÕES DE LIBERDADE NA OBRA O “O DIREITO DE LIBERDADE” DE AXEL HONNETH

Data de aceite: 01/03/2022

### Elisandro Desmarest de Souza

Mestrando do Programa de Pós Graduação  
em Filosofia da Universidade Federal de  
Rondônia  
<http://lattes.cnpq.br/0684841892216928>

### Fernando Danner

Dr. em filosofia Professor da Universidade  
Federal  
<http://lattes.cnpq.br/4953604331184258>

**RESUMO:** O artigo analisa as três concepções de liberdade presentes na obra “O direito da liberdade”, de Axel Honneth, a saber: a liberdade negativa, a liberdade reflexiva e liberdade social. Em sua reconstrução da teoria crítica, Honneth procura mostrar, nas condições sociais da existência das liberdades individuais, representadas pela *liberdade negativa* e pela *liberdade reflexiva*, que o indivíduo tem sim sua vontade e ela deve ser realizada; entretanto, essas liberdades são superadas através da eticidade e do reconhecimento intersubjetivo, na tomada de consciência de que esse indivíduo não está só no mundo, e sim inserido em um contexto social mais amplo e complexo, no qual ele participa e tem direitos e deveres que precisam ser respeitados. Este tipo de liberdade é definido como *liberdade social* ou *vontade coletiva*. Portanto, é no âmbito da liberdade social (ou vontade coletiva) que os indivíduos são capazes de realizar suas vontades de maneira justa e democrática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade negativa; liberdade reflexiva; liberdade social; justiça; Axel Honneth.

### THE THREE NOTIONS OF LIBERTY IN THE AXEL HONNETH'S *THE FREEDOM'S RIGHT*

**ABSTRACT:** The paper analyzes the three notions of liberty presented in Axel Honneth's *The freedom's right*, namely: negative liberty, reflexive liberty and social liberty. In his reconstruction of critical theory, Honneth intends to show, from the investigation of social conditions for the existence of individual liberties in terms of *negative* and *reflexive liberties*, that individual has his will and it must be performed; however, these liberties are overcome by eticity and intersubjective recognition, in the self-consciousness that the individual is not alone in the world, but inserted in a more wide and complex social context, in which he participates and has rights and duties which need by respected. This kind of liberty is defined as *social liberty* or *collective will*. Therefore, it is in the sphere of social liberty (or collective will) that individuals are capable of fulfilling their wills in a just and democratic manner.

**KEYWORDS:** Negative Liberty; Reflexive Liberty; Social Liberty; Justice; Axel Honneth.

### INTRODUÇÃO

Neste artigo, buscamos apresentar as três concepções de liberdade desenvolvidas por Honneth na obra *O direito da liberdade* (2015), a saber: a “liberdade negativa”, a “liberdade

reflexiva” e a “liberdade social”. Na primeira seção do texto, ao apresentarmos o conceito de *liberdade negativa*, queremos mostrar que Honneth argumenta que a liberdade negativa consiste na busca, por parte do indivíduo, de seus próprios interesses sem a interferência de impedimentos exteriores, ou seja, a liberdade negativa “repousa numa arraigada intuição do individualismo moderno” (HONNETH, 2015, p.46), uma vez que este tipo de liberdade se encontra diretamente ligada à autonomia do indivíduo, não encontrando nenhuma força externa que o coaja, uma vez que ele é dono de sua “*vontade*”.

Na segunda seção, ao apresentarmos o conceito de *liberdade reflexiva*, demonstramos que esse tipo de liberdade se desenvolve somente numa relação do “sujeito consigo mesmo”, isto é, no cerne desse tipo de liberdade encontramos a tese de que o indivíduo livre é aquele capaz de se relacionar consigo mesmo em um processo no interior do qual ele é conduzido, em seu agir, apenas por suas próprias intenções (Cf.: HONNETH, 2015, p.58-59): trata-se de um tipo de liberdade que se apresenta quando a pessoa faz uso de sua racionalidade para decidir o que é melhor para sua afirmação; além disso, neste conceito de liberdade, a pessoa só pode ser considerada livre quando ela é capaz de reconhecer em si própria suas vontades.

Na terceira seção, ao analisarmos o conceito de *liberdade social*, apresentamos a tese de Honneth de que “[...] nessa nova concepção da teoria do discurso da liberdade, “social” é a circunstância segundo a qual determinada instituição de realidade social já não é considerada mero aditivo, mas condição e meio para o exercício da liberdade” (HONNETH, 2015, p. 81), ou seja, esta concepção de liberdade se estabelece quando o sujeito faz uso do exercício tanto de sua liberdade reflexiva como de sua liberdade negativa no âmbito social, nas relações institucionalizadas, tais como nas relações de mercado, nas relações familiares e nas relações com o Estado. Com isso, queremos demonstrar que, para Honneth, os valores das sociedades liberais-democráticas acabam se fundindo em um único valor: o *valor da liberdade* (entendido como autonomia do indivíduo). Para ele, cada esfera da nossa sociedade tende a ter uma noção de liberdade individual, que se estrutura de acordo com nossas experiências e, por isso mesmo, o conceito de justiça pode se dividir em múltiplas esferas, procurando uma “maneira justa” de legitimar essa liberdade no contexto de nossas sociedades contemporâneas.

Finalmente, concluímos o texto afirmando que, na perspectiva da teoria crítica da sociedade desenvolvida por Honneth, uma teoria da justiça deve se preocupar em *analisar* a sociedade de forma a procurar princípios puramente normativos, os quais possam mensurar a legitimidade moral do ordenamento social. Partindo da premissa acima, Honneth pôde dizer que os movimentos sociais – tais como os movimentos feministas, o movimento LGBT, os direitos humanos, os movimentos sindicais etc. – procuram uma forma justa de exigir do governo e da sociedade que a justiça se faça de tal maneira que a *liberdade* seja dada de forma igual a cada um de seus indivíduos, e essa só pode ser legitimada quando a autonomia do indivíduo for reconhecida como algo fundamental

no interior dessa sociedade. Nesse sentido, a concepção de justiça e liberdade Honneth é oposta à concepção ideal de justiça e liberdade de Rawls: enquanto Honneth defende uma relação dialógica entre os sujeitos que procuram valores coletivos, Rawls parte do princípio de que cada pessoa possui direitos invioláveis (por exemplo, a liberdade), fundados no princípio da justiça, que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar.

## A LIBERDADE NEGATIVA

Na perspectiva de Honneth, no âmbito das sociedades modernas, existe um conceito monológico de liberdade – tal como a *liberdade negativa* –, que é exercido quando, através de um ato reflexivo, o indivíduo toma por correto aquilo que pode ser mais benéfico para ele, visto que não haveria nenhum impedimento externo ou coação que pudesse interferir em sua *vontade*. Citando Hobbes, Honneth afirma que, no âmbito de uma liberdade negativa, “um homem livre é aquele que não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer naquelas coisas que é capaz de fazer graças à sua força e seu engenho” (HONNETH, 2015, p. 44). Assim, nem mesmo os obstáculos internos, como medo ou falta de confiança, podem impedir que a racionalidade do indivíduo o torne livre para tomar suas próprias decisões.

Para Honneth, a efetivação da *vida boa* está pautada nas realizações das vontades livres dos indivíduos, isto é, cada esfera de reconhecimento intersubjetivo carrega consigo um tipo de necessidade que deve ser suprida. A liberdade do indivíduo, nesse sentido, se configura em uma busca da realização dos interesses próprios sem nenhum impedimento: esse ideal de liberdade é monológico, na exata medida em que o indivíduo delibera exclusivamente consigo mesmo, sem qualquer impedimento externo. Nas palavras de Honneth:

A ideia de que a liberdade do indivíduo consiste na busca de seus próprios interesses sem que haja impedimentos “de fora” repousa numa arraigada intuição do individualismo moderno. Segundo essa ideia, o próprio sujeito detém um direito à especificidade, à qual ele se apegava por seus desejos e intenções que não estão submetidos a nenhum controle de princípios de graus mais elevados. Por essa razão, em Hobbes, o livre estabelecimento de objetivos, que podem valer como fins legítimos de ações livres, inspirou, no sentido contrário ao de suas próprias convicções, o surgimento de um pensamento da liberdade cuja principal preocupação é a defesa das idiosincrasias (HONNETH, 2015, p. 46).

Portanto, para o filósofo *frankfurtiano*, nesse princípio de liberdade negativa, que é dirigida exclusivamente pelos seus desejos, o indivíduo almeja efetivar sua *vida boa* dentro de sua singularidade, numa tentativa clara de realizar sua *vontade* sem reconhecer a vontade do outro. Honneth afirma que o século XXI seria o apogeu do individualismo; desse modo, aos seus olhos, a concepção hobbesiana de liberdade negativa deve ser superada, pois essa liberdade tem apenas o objetivo daquilo que o indivíduo quer para si. Na esfera

da liberdade negativa, o indivíduo “conversa” e “delibera” consigo mesmo: é ele quem dita o que é melhor para si sem se preocupar com os resultados das ações que ele venha adotar, ou seja, basta o ato puro de realizar seus desejos para que ele queira usar sua condição de liberdade. Honneth utiliza também o conceito sartreano de liberdade negativa: para ele, “no *páthos* existencialista, a liberdade incondicionada chega a um fim, num processo que se iniciou já com a determinação imperceptível pela qual apenas impedimentos externos poderiam limitar as ações de um homem” (HONNETH, 2015, p. 49-50). Nesse sentido, fica clara a tese de que o indivíduo poderia satisfazer sua vontade apenas realizando suas escolhas próprias sem interferências externas.

Na filosofia política de Nozick, Honneth percebe que a liberdade negativa tinha também como função a realização de suas vontades sem impedimentos externos. Com efeito, “[...] para um ator assim caracterizado, ser livre significa poder realizar todos os objetivos de vida egocêntricos e caprichosos que forem compatíveis com a liberdade de seus cidadãos” (HONNETH, 2015, p. 50). Portanto, nesta esfera de liberdade, o indivíduo apresenta tanto uma forma racional de ver a vida como também uma maneira específica de satisfação de seus desejos, não podendo, de forma irracional, querer algo motivado apenas por seus impulsos e desejos egoístas: “como limitações ‘externas’ da liberdade, deve-se considerar o confronto dos sujeitos com a expectativa de submissão de seus desejos ou intencões a padrões mínimos de racionalidade” (HONNETH, 2015, p. 51).

Assim, Nozick considera fundamental que os indivíduos realizem seus desejos de forma racional, evitando, com isso, que se viole o direito de outros. Portanto, na ótica de Nozick, a ideia de uma liberdade negativa (ou liberdade individual) seria o ponto de partida para um ordenamento do Estado; no núcleo de sua reflexão, o homem aparece como sendo um ser atomístico, ou seja, um ser que busca apenas que seus interesses sejam realizados. Nas palavras de Honneth:

[...] O espectro de alternativa chega assim ao Estado de coersão hobessiano, cuja justificação ocorre sem a fundamentação assentada em princípios morais, até o “Estado mínimo” de Roberto Nozick, que em sua fundamentação normativa é muito dependente de restrições morais no estado de natureza. Em nosso contexto, é extremamente significativo que os procedimentos de justificação assim delineados permitam evidenciar a que tipo de justiça social é possível visar sob perspectiva da liberdade negativa (HONNETH, 2015, p.54).

Como podemos perceber, tanto a teoria de Hobbes como a teoria da Nozick apresentam um caráter individualista, isto é, na perspectiva das teorias dos dois autores, os indivíduos vislumbram tão somente a proteção e a garantia de sua própria liberdade. Por sua vez, na perspectiva da teoria do reconhecimento intersubjetivo de Honneth, a liberdade negativa não seria a liberdade normativa que possa tornar um Estado ou comunidade mais justa. Para Honneth, esse indivíduo, motivado pelo seu ímpeto singular de realizar suas vontades, deve começar a aprender que ele não se encontra sozinho em uma sociedade;

além disso, ele precisa aprender e considerar que outros indivíduos também possuem suas vontades singulares e também eles querem que elas sejam realizadas. A liberdade negativa, portanto, pode motivar conflitos que podem limitar ou até mesmo prejudicar o processo de autodeterminação individual. Nas palavras de Honneth:

Todas as insuficiências reveladas pela ideia de liberdade negativa remetem, em última instância, ao fato de ela cessar antes do limiar legítimo da autodeterminação individual. Para se conceber esse tipo de liberdade que contivesse um elemento de “autodeterminação”, seria necessário apreender também o objetivo do agir como rebento da liberdade: o que o indivíduo realiza, quando age “livremente”, poderia ser visto como resultado de uma determinação, que ele próprio realiza para si (HONNETH, 2015, p.57).

Em resumo, a liberdade negativa seria somente uma espécie de libertação das forças que coagem o indivíduo a não adotar determinadas ações. Dessa forma, a liberdade negativa pode inclinar o indivíduo a decidir somente por si mesmo como realizar sua vontade livre. No entanto, essa realização é apenas individual, pelo fato de que ele não se preocupa em realizar essa liberdade no mundo<sup>1</sup>.

## A LIBERDADE REFLEXIVA

Honneth aborda o conceito de *liberdade negativa* e o conceito de *liberdade reflexiva* como contraponto para justificar a verdadeira liberdade, a saber, a liberdade social (analisamos essa esfera da liberdade na próxima seção). A liberdade reflexiva se configura em uma ampliação do conceito normativo de liberdade negativa: na perspectiva teórico-crítica de Honneth, a liberdade reflexiva está ligada à capacidade do indivíduo em usar suas orientações internas para desenvolver, ao mesmo tempo, tanto sua ideia de autonomia como sua ideia de autorrealização, fazendo com que o sujeito aja de forma que siga somente sua própria vontade; essa vontade deve ser livre e deve acontecer no mesmo momento da intenção de fazer. Honneth descreve a diferença entre os conceitos de liberdade negativa e reflexiva da seguinte forma:

A liberdade negativa é elemento originário e indispensável da autoconcepção moral da modernidade; nela se expressa a ideia que o indivíduo deve desfrutar do direito de agir sem restrição externa e sem depender de coerção para provar os motivos de “seu bel-prazer” enquanto não violar os mesmos direitos de seus concidadãos. Ao contrário do que se tem aí, na verdade a ideia de liberdade reflexiva se estabelece, antes de tudo, somente pela relação do

---

<sup>1</sup> Berlin foi um dos primeiros filósofos a fazer uma distinção entre *liberdade negativa* e *liberdade positiva*. O conceito de *liberdade negativa* responde, nas palavras de Berlin, a questão de saber em “[...] qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – é ou deve ter permissão de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?” (BERLIN, 2002, p. 229). A liberdade negativa, portanto, é um tipo de liberdade em que indivíduos ou grupos agem sem interferências e coerções externas: para o autor, “a coerção implica a interferência deliberada de outros seres humanos na minha área de atuação. Só não temos liberdade política quando outros indivíduos nos impedem de alcançar uma meta. A mera incapacidade de alcançar uma meta não é falta de liberdade política” (BERLIN, 2002, p. 229). A *liberdade positiva*, por sua vez, é um tipo de liberdade na qual a coerção é justificada, isto é, ela implica em uma interferência deliberada de outro em um espaço em que determinados indivíduos poderiam fazer escolhas que afetariam valores socialmente estabelecidos como legítimos (por exemplo, a justiça social).

sujeito consigo mesmo; segundo a ideia, é livre o indivíduo que consegue se relacionar consigo mesmo de modo que em seu agir ele se deixe conduzir por suas próprias intenções (HONNETH, 2015, p.58).

Podemos afirmar, portanto, que na esfera da liberdade negativa é livre o indivíduo que consegue se relacionar consigo mesmo, pois ele é somente conduzido por sua vontade sem coerção externa; a liberdade individual, nesse sentido, pode ter diversas formas de manifestações. Entretanto, a ideia de liberdade reflexiva deixa claro que o indivíduo não pode ter somente a vontade ou se deixar levar por seus desejos: ele tem que, de forma racional, fazer dessa vontade uma ação que o beneficie sem transgredir o direito do outro; servindo-se sempre de sua autonomia e de sua autenticidade, o indivíduo deve sempre buscar sua autodeterminação e sua autorrealização.

Referindo-se à Isaiah Berlin, Honneth argumenta que este apresenta outras definições da liberdade reflexiva: Berlin chama de liberdade “positiva” aquela liberdade que está ligada à “autonomia” do indivíduo e à “autorealização” do mesmo; em outras palavras, o indivíduo segue a vontade própria, dialoga consigo mesmo e identifica o que é melhor para seus interesses de forma reflexiva, livrando-se, progressivamente, de seus apetites (Cf. HONNETH, 2015, p. 59-60). Com efeito, essa reflexão faz com que o indivíduo perceba a diferença entre autonomia e heteronomia: ele torna-se um indivíduo capaz de controlar seus desejos e, assim, adquire a capacidade de poder se autolegislar de forma racional. Na esteira de Rousseau, Honneth afirma que “[...] o sujeito humano deve ser considerado ‘livre’ uma vez que possui fortuna e à medida que tem a capacidade de se dar as leis de seu agir e se fazer ativo em conformidade a ela” (HONNETH, 2015, p.63).

A autonomia, nessa perspectiva, assume o significado de uma capacidade ética de cumprir aquilo que o indivíduo próprio se determina. Kant vai aprimorar o conceito de vontade de Rousseau: em Kant, apesar de um indivíduo ser considerado como um indivíduo autônomo, ele deve ter a capacidade reflexiva de se autodeterminar de uma forma que crie máximas de caráter universal que irão guiar suas atitudes não somente em relação a si mesmo, mas à toda sociedade. Nas palavras de Honneth:

[...] Na condição de ser racional, portanto pertencente a um mundo inteligível, o homem só pode pensar a causalidade de sua própria vontade mediante a ideia de liberdade; pois a independência das causas determinantes do mundo sensível é [...] a liberdade. Com a ideia de liberdade estão inseparavelmente ligados o conceito de autonomia e o princípio universal da moralidade, que serve de fundamento à ideia de liberdade de todas as ações de seres racionais, assim como a lei natural serve de fundamento a todos os fenômenos (HONNETH *apud* KANT, 2015, p. 65).

Na perspectiva de Honneth, a visão kantiana de liberdade reflexiva estaria assentada na máxima de como o indivíduo deseja respeitar e espera ser respeitado pelos demais componentes da sociedade; em outras palavras, o que está em jogo é o respeito recíproco. Como podemos exercer nossa vontade livre? Como podemos nos autodeterminar e nos

autorrealizar sem que isso prejudique o indivíduo ou a sociedade? Com efeito, em relação à liberdade reflexiva, Honneth afirma:

A liberdade reflexiva, que em Kant é inteiramente monológica, adquire assim um significado teórico-intersubjetivo que lhe permite estar mais fortemente ancorada nas estruturas sociais do mundo real, já que o sujeito individual só chega à autonomia da autolegislação ao socializar-se numa comunidade comunicativa na qual aprende a se compreender como destinatário das normas gerais que, simultaneamente, foi ele próprio que constituiu com todos os demais (HONNETH, 2015, p.70).

Historicamente, a liberdade reflexiva é a primeira das liberdades, e é através dela que o indivíduo, de forma racional, vai interagindo com os demais membros de sua sociedade. Em sua ação e reflexão racional, o indivíduo não só pensa no “eu”, mas em “nós”: essa forma de liberdade se apresenta, portanto, como uma autolegislação coletiva. Além disso, esse tipo de reflexão faz com que o indivíduo compreenda que o outro também possui desejos que querem ser realizados. Contrariamente aos demais animais, o indivíduo realiza efetivamente suas vontades dentro de uma esfera de reconhecimento, seja ela a mais singular ou a mais universal. Sentir-se realmente livre, ter sua autonomia e sua autorrealização respeitadas, se constitui como o horizonte da vontade de todos dentro das esferas sociais de reconhecimentos recíprocos – em Honneth, essa vontade é conhecida como *vontade autêntica*. A liberdade reflexiva está intimamente ligada ao conceito de liberdade e de justiça, especialmente à justiça social, que representa a realização de todas as liberdades individuais. Diz Honneth:

No cerne dessa questão existe a ideia de que a autonomia moral resulta metodologicamente numa concepção processual de justiça. O processo de autodeterminação individual é transferido para os graus superiores do ordenamento social, em que é concebido como procedimento de formação da vontade comum na qual os cidadãos, em condições iguais, deliberem sobre os princípios de um ordenamento social que lhes pareça “justo” (HONNETH, 2015, p. 73).

Com efeito, a esfera da vontade coletiva começa a superar, de forma amena, o sistema de egoísmo social, de modo que a cooperação e a deliberação pública começam a aparecer como a forma mais justa de realização da vontade, sem deixar que sejam perdidas as liberdades individuais. A liberdade reflexiva se constitui, para o indivíduo, em um processo que o ajuda na sua formação social e lhe fornece as condições de autorrealização, sem que isso possa causar prejuízos para os demais membros dessa sociedade.

## A LIBERDADE SOCIAL

A liberdade social é um tipo de liberdade que o sujeito exerce compartilhando com os outros, isto é, através do exercício de sua autonomia, o sujeito vai buscar a realização da comunidade, e não somente sua própria realização. A liberdade social não é apenas mais um conceito de liberdade: *ela é o exercício formal da liberdade*. Nela, o sujeito social

pode realizar realmente sua *vontade livre*. Nesse sentido, diferentemente das “*liberdades negativa*” e “*reflexiva*”, que são *conceitos monológicos de liberdade*, a liberdade social precisa da interação social, ou seja, do reconhecimento intersubjetivo, pois é somente nessas condições que podemos exercitar realmente nossa liberdade moral. Honneth diz que “sou livre somente à medida que estou em condições de orientar minha ação para objetivos estabelecidos de maneira autônoma ou em relação aos desejos autênticos” (HONNETH, 2015, p. 83-84).

Baseando-se nas intuições hegelianas, Honneth cita como exemplo de liberdade social as relações de “*amor*” e “*amizade*”, de forma que há, nelas, uma interferência externa sobre o indivíduo, que reconhece no outro as suas próprias vontades. Em sua teoria crítica, Honneth usa o termo “*estar consigo mesmo no outro*” para designar uma forma de reconhecimento recíproco entre os indivíduos. A “*liberdade social*”, portanto, só pode ser realizada no seio de uma sociedade ou comunidade, de modo que esse reconhecimento intersubjetivo só pode dar-se no meio das instituições. O conceito social de liberdade, nas palavras de Honneth, significa que:

[...] em última instância, o sujeito só é “livre” quando, no contexto de práticas institucionais, ele encontra uma contrapartida com a qual se conecta por uma relação de reconhecimento recíproco, porque nos fins dessa contrapartida ele pode vislumbrar uma condição para realizar seus próprios fins. Desse modo, na forma do “ser em si mesmo no outro” sempre se pensa numa referência à instituições sociais, uma vez que somente práticas harmonizadas e consolidadas fazem que os sujeitos compartilhados possam se reconhecer reciprocamente como outros de si mesmos. E somente essa forma de reconhecimento é a que possibilita ao indivíduo implementar e realizar seus fins obtidos reflexivamente (HONNETH, 2015, p.87).

É por isso que Honneth afirma que o *reconhecimento intersubjetivo*, bem como a *luta por esse “reconhecimento”*, ocorre principalmente na esfera da solidariedade, visto que é através de instituições como a família, a escola, a igreja, o Estado, o mercado etc. que o indivíduo pode se reconhecer e reconhecer os outros como iguais e portadores de direitos e liberdades. É nesse sentido que podemos ver a sociedade formada por sujeitos conscientes de seus direitos e deveres, de forma a desenvolver uma sociedade mais justa, onde as patologias sociais sejam amenizadas ou até extinguidas do seio dessa sociedade, prevalecendo a dignidade da pessoa humana e o respeito mútuo. Nas palavras de Honneth:

Aquele que se aspira liberta-se da relação de gozo, que se torna imediatamente ser um de ambos no ser-para-o-outro absoluto de ambos ou se converte em amor; e nessa visão o gozo é consciência nessa contemplação de si mesmo no ser do outro.” [...] É apenas sob a condição histórica que a prática social substitui esse tipo de padrão pelo ideal moderno e romântico de amor que podemos relacionar dois sujeitos de modo que possam, reciprocamente, ver no outro sua liberdade erótica para realização. Sendo assim, já a primeira concepção de amor por Hegel contém a referência a uma instituição pensada como condição social, pois só assim pode existir uma relação de reconhecimento (HONNETH, 2015, p.87-88).

Portanto, a “liberdade social” é uma forma de liberdade institucionalizada, baseada na eticidade e no reconhecimento intersubjetivo, em que o justo aparece como algo que ofereça igualmente aos indivíduos a oportunidade de participação nas instituições de reconhecimento. Honneth afirma que a liberdade, em Hegel, em um contexto intersubjetivo, torna-se um conceito mais amplo, pois é na esfera social que o indivíduo se torna realmente livre e começa a reconhecer o “*ser em si mesmo no outro*”.

Na sociedade, as instituições devem promover as relações de reconhecimentos intersubjetivos para que seus indivíduos possam exercer de forma mais plena a sua liberdade. Na forma institucionalizada de uma relação intersubjetiva, cada indivíduo procura realizar sua “*vontade livre*”: sua aspiração da liberdade individual fará com que esse sujeito, em sua construção social, procure uma forma de liberdade mais ampliada. Honneth, tal como Hegel, considera que o sujeito somente se sentirá realizado na esfera da vida pública. Para ele:

Hegel exige também a função de tal generalização de desejos e intenções das instituições que concentram toda a sua doutrina da liberdade. Assim, em última instância, ele se deixa conduzir pela ideia aristotélica segundo a qual os sujeitos, sob a influência de práticas institucionalizadas, aprendem a alinhar seus motivos a seus fins internos. Desse modo, ao final de um processo de socialização desse tipo têm-se um sistema relativamente estável e costumeiro de aspirações que fazem que seus sujeitos pretendam o que antes estava assentado em hábitos normativos das práticas (HONNETH, 2015, p. 93).

Para Honneth, além dos indivíduos estarem ligados uns aos outros pelo reconhecimento intersubjetivo, eles crescem juntamente com sua sociedade através de um ciclo de socialização realizado nas instituições, podendo, assim, universalizar a liberdade social em uma sociedade pluralizada, mediante a prática da reciprocidade. Com isso, durante toda a sua vida, o indivíduo vai poder se realizar em sua “*vontade livre*” e conquistar a “*vida boa*”.

## CONCLUSÃO

Os escritos de Honneth se propõem a reatualizar a teoria social de Hegel, mostrando a evolução de sua teoria crítica através da luta pelo reconhecimento, no âmbito da qual o indivíduo tende a reconhecer que o outro possui aspirações à realização de suas vontades tal como ele. Nas esferas do reconhecimento intersubjetivo, Honneth delinea a evolução do reconhecimento, primeiramente, na esfera do amor e da amizade, representada tanto pelas necessidades como pelas carências do indivíduo, de forma que, através do reconhecimento intersubjetivo, ele possa desenvolver uma relação de autoconfiança; em segundo lugar, pela sua particularidade no *direito*, Honneth procura mostrar que, através das relações de mercado, a *pessoa* pode evoluir e desenvolver suas habilidades, alcançando, assim, sua *autorrealização plena*; a terceira e última esfera do reconhecimento intersubjetivo é a esfera da *solidariedade*: pela sua característica de universalidade, o *sujeito* adquire sua

*autodeterminação*.

Em Honneth, portanto, conforme argumentamos até agora, a liberdade está ligada à autorrealização do indivíduo e à superação de suas carências, pois as relações de interdependência dos indivíduos nas instituições da sociedade, a procura da realização de suas vontades, bem como a exigência do respeito e a efetivação da dignidade da pessoa humana fazem com que as lutas pelo reconhecimento intersubjetivo e a realização da vontade livre transformem uma sociedade, através da eticidade, em uma sociedade “justa” e “livre”.

Honneth argumenta que uma teoria crítica da sociedade deve estar preocupada com a superação das patologias sociais que são próprias de nossa modernidade política, social, cultural, econômica etc.; além disso, ele procura mostrar como o reconhecimento intersubjetivo, tanto no âmbito individual como no social, pode mudar a forma como cada um trata seus pares, procurando, através de uma concepção de *justiça* normativa, respeitar a *liberdade* de seus indivíduos, podendo, assim, formar uma sociedade com mais dignidade e respeito à pessoa humana, de modo que cada uma possa exercer seus direitos sociais de uma forma plena. Nesse sentido, a liberdade, a construção do sujeito social, o respeito da particularidade da pessoa de direito, a universalidade do sujeito e a sua autonomia – eis o que está no núcleo da teoria crítica do reconhecimento de Honneth. Nas nossas sociedade liberais contemporâneas, a liberdade só adquire legitimidade quando é construída de forma dialógica; para além do bem-estar do indivíduo em particular, é a autorrealização da sociedade, através de sua *autodeterminação*, que é o cerne da ação e da reflexão em termos de justiça social, conclui Honneth.

## REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

\_\_\_\_\_. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981.

HEGEL, Georg W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Organizado por Richard Tuck. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Revisão da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Tradução de Saulo Krierger. São Paulo: Martins Fontes. 2015.

HONNETH, Axel. *Patologias de La Libertad*. Editado por Jesús Hernández e Benno Herzog. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Las Cuarenta, 2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução Maria Júlia Goldwasser. Revisão da tradução Zélia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MELO, Rúrion (Org.) *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SOUZA, Jesse; MATTOS, Patrícia (Orgs.). *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.

# CAPÍTULO 2

## O FENÔMENO *SHITSTORM* E O SEU POTENCIAL DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Data de aceite: 01/03/2022

Data de submissão: 05/02/2022

### Alexsander Honorato de Souza

São Miguel do Tocantins – TO  
Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS  
<http://lattes.cnpq.br/8928047668364535>

### Geel Wanderson Araújo Coelho

Sítio Novo do Tocantins - TO  
Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS  
<http://lattes.cnpq.br/1152122100519509>

### Oswaldo Vanderley de Sousa Junior

Palmeiras do Tocantins - TO  
Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS  
<http://lattes.cnpq.br/2262395185689709>

**RESUMO:** A internet mudou a forma de comunicação das pessoas. Atualmente, basta ter em mãos um *smartphone* que já se pode expor tudo o que pensa e comentar sobre diversos assuntos e conteúdos espalhados pelas redes sociais sem levar em conta o problema que isso pode causar. Assim essa facilidade de comunicação possibilita inúmeras desvantagens, visto que os discursos de ódio e preconceito ganharam força na sociedade. Nesse sentido, a avaliação das consequências das campanhas difamatórias e o impacto dessas ações na vida das pessoas envolvidas se faz necessário, pois situações assim podem levar a ocorrências e prejuízos às pessoas atingidas em decorrência de seu descontentamento no meio digital. O objetivo geral desse estudo é analisar os

riscos do fenômeno *Shitstorm* na violação dos direitos humanos. Para o alcance do objetivo geral, foram elencados os seguintes objetivos específicos: discutir acerca do discurso de ódio e de intolerância e o fenômeno *Shitstorm*; revisar e discorrer sobre direitos humanos e discriminação; conceituar e entender os crimes de ódio praticados na internet e suas características; e analisar o papel do Estado no combate à discriminação na internet. Em função dos procedimentos metodológicos, este trabalho se alicerça em um estudo qualitativo do tipo explicativo, quanto aos objetivos a pesquisa é do tipo exploratória e quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa é do tipo bibliográfica e foi utilizado informações de *sites*, livros e artigos científicos. Para tanto, recorrer-se-á aos bancos de dados do Google Acadêmico e CAPES. Conclui-se que o fenômeno *Shitstorm* é uma realidade que se faz presente no meio digital e que pode impactar negativamente a vida dos atingidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos; Sociedade; Igualdade.

### THE SHITSTORM PHENOMENON AND ITS POTENTIAL FOR VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN POST-MODERN SOCIETY

**ABSTRACT:** The internet has changed the way people communicate. Currently, just having a smartphone in hand, you can now expose everything you think and comment on various subjects and content spread across social networks without taking into account the problem that this can cause. Thus, this ease

of communication allows numerous disadvantages, since hate speech and prejudice have gained strength in society. In this sense, the assessment of the consequences of defamatory campaigns and the impact of these actions on the lives of the people involved is necessary, as situations like this can lead to occurrences and damages to the people affected as a result of their discontent in the digital environment. The general objective of this study is to analyze the risks of the Shitstorm phenomenon in the violation of human rights. In order to reach the general objective, the following specific objectives were listed: discuss about hate speech and intolerance and the Shitstorm phenomenon; review and discourse on human rights and discrimination; conceptualize and understand hate crimes practiced on the internet and their characteristics; and analyze the role of the State in combating discrimination on the internet. Due to the methodological procedures, this work is based on a qualitative study of the explanatory type, regarding the objectives the research is of the exploratory type and regarding the technical procedures, the research is of the bibliographic type and information from websites, books and scientific articles was used. . For this, we will use the Google Scholar and CAPES databases. It is concluded that the Shitstorm phenomenon is a reality that is present in the digital environment and that can negatively impact the lives of those affected.

**KEYWORDS:** Human rights; Society; Equality.

## 1 | INTRODUÇÃO

O estudo tem o intuito de avaliar a violação dos direitos humanos na ocorrência do fenômeno *Shitstorm*. Será avaliada as consequências das campanhas difamatórias e o impacto dessas ações na vida das pessoas envolvidas. Até porque situações como essa podem levar a ocorrências e prejuízos às pessoas atingidas em decorrência de seu descontentamento no meio digital.

Durante toda a história a intolerância e o preconceito estiveram presentes. Desde o fim do século XX a internet tem promovido diversos benefícios às populações. A ilimitada fonte de comunicação, apoio acadêmico aos estudantes e crianças, o rápido compartilhamento de conhecimentos, são alguns dos exemplos desses benefícios. Contudo, a internet também impulsionou fenômenos decorrentes da liberdade de expressão. Resultando assim em discursos de ódio, preconceito e de intolerância.

Assim sendo, a *Shitstorm* é utilizada na internet como uma medida disciplinar ou difamatória, cujo intuito é protestar ou disciplinar empresas e pessoas no mundo virtual. Segundo a Organização Não-Governamental (ONG) (SAFERNEET, 2017), que atua junto ao Ministério Público Federal no Brasil, em 10 anos foram registradas mais de meio milhão de denúncias só de racismo na internet, sendo contabilizados apenas os casos denunciados. Em 2016, na Europa, as empresas *Facebook*, *Microsoft*, *Twitter* e *YouTube*, por intermédio da Comissão Europeia, anunciaram a adoção do Código de Conduta, com o objetivo de limitar e combater os discursos de ódio na internet, destacando-se o combate ao racismo e a xenofobia (EU COMMISSION, 2016).

É notável que o Direito, o Estado e a sociedade se tornam responsáveis pela criação

de estratégias e soluções para lidar com esse cenário. Buscando-se observar até que ponto a liberdade de expressão ultrapassa os limites democráticos, resultando em discursos de ódio que prejudicam minorias e lentamente lapidam direitos fundamentais. Com isso, torna-se imprescindível compreender os vários fenômenos contemporâneos ligados ao uso da internet e a sua respectiva de problematizações frente aos direitos humanos.

A internet revolucionou as formas de comunicação da sociedade e o seu diferencial é a extrema velocidade e amplitude de suas operações. Isso faz os indivíduos externalizarem ao mundo seus pensamentos, opiniões e escolhas (SILVA *et al.*, 2011). Observada as várias possibilidades de compartilhamento informacional entre pessoas, muito se fala sobre os benefícios da internet e a sua contribuição para a formação de uma inteligência coletiva. Entretanto, através da internet, o homem consegue também cometer atos ilícitos, bem como disseminação de conteúdo prejudicial que viola direitos fundamentais dos demais usuários da rede (STROPPIA; ROTHENBURG, 2015).

A partir desse tipo de violação de direitos, é necessário que haja atitudes adequadas por parte das autoridades, inclusive o Estado, a fim de resguardar e proteger a dignidade dos seres humanos em face dessas ações. Nesse sentido, o papel do Estado é fundamental para que se desfaça o ditame do senso comum de que a internet é um ambiente à margem do Direito. Mesmo a internet sendo uma rede que permite ao indivíduo transcender a fronteira de seu país, permanece à incumbência do Estado de intervir em seus nacionais que estejam lesando os direitos dos demais por meio de conteúdos publicados no ambiente virtual, como é o caso do fenômeno *Shitstorm* (SILVA *et al.*, 2011).

Diante ao exposto, como objetivo geral, o presente estudo visa analisar os riscos do fenômeno *Shitstorm* na violação dos direitos humanos. Para o alcance do objetivo geral, foram elencados os seguintes objetivos específicos: discutir acerca do discurso de ódio e de intolerância e o fenômeno *Shitstorm*; revisar e discorrer sobre direitos humanos e discriminação; conceituar e entender os crimes de ódio praticados na internet e suas características; e analisar o papel do Estado no combate à discriminação na internet.

Em função do problema a ser investigado, este trabalho se alicerça em um estudo qualitativo do tipo explicativa. Quanto aos objetivos a pesquisa é exploratória. Quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa será do tipo bibliográfica e será utilizada informações em *sites*, livros e artigos científicos de autores consagrados. Para tanto, recorrer-se-á aos bancos de dados do Google Acadêmico, Scielo e CAPES.

## 2 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1 Direitos humanos e discriminação

#### 2.1.1 O conceito de discriminação

A discriminação entre pessoas e povos sempre marcou as relações humanas. Por

exemplo, os gregos denominavam “bárbaros” aqueles que não falavam a língua vernácula grega. Além disso, a religião propunha a segregação entre cristãos e judeus devido às diferenças rituais e dá não miscigenação entre os participantes destes dois grupos. Os negros também foram alvos da discriminação, sendo escravizados durante o processo de colonização europeia (GURGEL, 2010).

A palavra discriminação vem do latim *discriminatione*, e tem o significado de distinção entre uma coisa e outra, de modo a estabelecer diferenças, separar, segregar. Geralmente essa palavra vem associada à ideia de preconceito – conceito prévio e infundado sobre algo ou alguém – ou seja, a classificação de alguém com base em fatores como cor, sexo, opção sexual, religião, etc., estabelecendo uma escala valorativa discriminatória (FERREIRA, 1998).

A diversidade humana é um fator a ser preservado na sociedade, visto que contribui para a construção da identidade individual do ser humano e para o seu pertencimento a uma sociedade coletiva. Apesar disso, a desigualdade é palco de conflitos desde os primórdios, onde um grupo busca a superioridade a outro, gerando desigualdades existentes até os dias atuais. Tais fatores, fazem com que ocorram a existência de preconceitos estruturais na sociedade, voltadas a discriminação sustentada por ódio e acompanhada por marcas psicológicas de inferioridade e de intolerância que, por consequência, se propagam pelas novas gerações (ALVES, 2020).

Essas desigualdades podem surgir, por exemplo, por meio de desigualdades na forma de estereótipos e sobre a raça, onde um grupo se sente no poder de colocar outro grupo em situação de inferioridade, reforçando ainda mais a desigualdade material entre os indivíduos. Dessa forma, pode-se notar a relevância que o Direito possui a fim de proteger e amparar as relações sociais, visando o resguardo da igualdade e dignidade humana.

A discriminação não é sobre, exclusivamente, um certo indivíduo, podendo ocorrer também sob todo um grupo e a ideia nasce do preceito de que a humanidade é separada em seres superiores e inferiores (BOBBIO, 2002).

Coadunando com essa ideia, a discriminação é motivada por razões naturais e sociais. Os fatores naturais são imutáveis conforme a vontade dos indivíduos: sexo, raça, origem étnica, cor da pele, etc. Os fatores sociais, por outro lado, decorrem de escolha de cada um e, por isso, são mutáveis: religião, estado civil, posicionamento político, entre outros. Merece destaque entender que ambas as formas de discriminação se baseiam na exclusão de algumas pessoas e na dominação de outras, causando danos principalmente às classes mais vulneráveis, ou minorias (BARBERA, 1991).

É recente a ideologia de que os seres humanos são iguais, a humanidade é uma só. Tal ideologia é derivada da premissa de que todos advém da mesma raça. No entanto, quando o homem é inserido no contexto social, surgem diferenças de ordem cultural e econômica que geram uma série de preconceitos e discriminações através do estabelecimento de valores distintos às diferentes origens, raças, sexos, cores e idades

das pessoas (GURGEL, 2010).

### 2.1.2 *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a igualdade entre as pessoas*

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão influenciou as Constituições de muitos países, principalmente do ocidente, sobretudo na valorização do ser humano, independentemente de quaisquer distinções. Esse princípio é inerente a todas as pessoas e deriva da premissa de que todos somos criados pela natureza, que evidencia a conclusão de que somos iguais, mesmo diante das desigualdades socioeconômicas (GURGEL, 2010).

Assim sendo, cabe destacar o papel que a dignidade traz a esse aspecto da igualdade entre as pessoas. Uma vez que dignidade humana é um conceito abstrato, que deve ser interpretado conforme cada caso concreto. Seu substrato material representa o entendimento de que todos os outros sujeitos são iguais a você, merecedores de respeito e tratamento digno tanto pelo Estado, quando pelas outras pessoas nas relações interpessoais de direito privado (MORAES, 2003).

Com relação à noção de igualdade, o mundo antigo deixou uma série de axiomas, formulados através da filosofia, que estabelecem proposições importantes, *in verbis*:

a) Todos os homens são naturalmente iguais; b) a igualdade é essencial à justiça; c) a igualdade pressupõe a comparação, não tendo sentido entre coisas não comparáveis; d) a igualdade obriga a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; e) a igualdade é a base da democracia; f) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo, em certos casos, ser geométrica; g) a igualdade contém um componente de adequação às situações e aos fins; h) a igualdade implica a participação das oportunidades (ALBUQUERQUE, 1993, p. 15)

Dessa forma, Santo Agostinho distinguiu Justiça comutativa e Justiça distributiva, sendo aquela as relações entre as pessoas em âmbito privado, e a segunda, a relação entre as pessoas e o Estado. A Justiça distributiva é baseada na noção de repartição de recursos, buscando conferir maior igualdade entre os sujeitos, dando a ideia de Direitos Sociais e a obrigação estatal de prestações positivas para a concretização dos Direitos Fundamentais da pessoa humana (DRAY, 1999).

Outro ponto que merece destaque é o princípio da igualdade que foi positivado na Constituição do Estado da Virgínia em 1776, e alguns doutrinadores afirmam ser este um marco em que este princípio foi, pela primeira vez, disposto de forma escrita em um ordenamento jurídico. Tal documento dispunha que: “todos os homens são por natureza livres e independentes”<sup>1</sup>, proposição com reflexo no iluminismo e nas revoluções liberais contra os Estados absolutistas.

Ainda nos Estados Unidos da América, a Constituição de Massachussts também

<sup>1</sup> Virgínia *Bill of Rights*, 1776: “All men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights”.

adotou o princípio da igualdade de forma expressa nos seguintes termos: “Todos os homens nascem livres e iguais e possuem determinados direitos naturais, essenciais e inalienáveis, dentre os quais se destaca o direito de gozar e defender a sua vida e liberdade, o direito de adquirir, possuir e proteger propriedades...”<sup>2</sup>.

Há que destacar a distinção entre igualdade formal e material. No primeiro caso, trata-se de igualdade perante a Lei, vedando-se fornecer privilégios a determinadas pessoas ou distinções de critérios de tratamento pelo Estado. Com as Revoluções Liberais e Estado passou a reconhecer a igualdade formal, através da não intervenção do Estado nas relações socioeconômicas, buscando tratar a todos de forma igualitária independentemente de fatores econômicos (ALBUQUERQUE, 1993).

No entanto, ao perceber que somente a igualdade perante a Lei não era o bastante para a exercício dos direitos fundamentais, o Estado passou a ser demandado à intervir nas relações socioeconômicas de modo a redistribuir os recursos para que uma outra forma de igualdade fosse proporcionada, a igualdade material. Foi nesse contexto que surgiram os chamados direitos sociais, que ao serem exercidos aumentavam as chances do indivíduo ascender socialmente e economicamente, favorecendo o exercício dos direitos fundamentais (ALBUQUERQUE, 1993).

Cabe destacar que a igualdade material visa atenuar as desigualdades sociais, exigindo do Estado uma prestação positiva no fornecimento de bens e serviços de interesse comum, para que a todos os seres humanos, sejam oferecidas oportunidades para que os indivíduos possam se desenvolver e obter as condições mínimas para uma vida digna (GURGEL, 2010).

## 2.2 Crimes de ódio na internet

### 2.2.1 A criminalidade na internet e o fenômeno *Shitstorm*

Com o advento da internet e das redes sociais a comunicação passou por uma revolução. Aplicativos como *Instagram*, *Facebook*, *WhatsApp*, *Skype*, entre tantos outros, são as ferramentas de comunicação muito utilizadas atualmente. Essas mudanças na comunicação vêm sendo estudadas por profissionais de diversas áreas, numa dinâmica que envolve a criação de neologismos próprios e a difusão de opiniões sobre diversos assuntos instantaneamente (SANTOS, 2014).

Entre esses neologismos criados pela comunicação *online* está o *shitstorm*. Realizando uma tradução livre para a língua portuguesa o termo significa “tempestade de fezes”, e tem por significado uma desenfreada comunicação na internet baseada em ofensas e julgamentos discriminativos. Em outras palavras, *shitstorm* é uma “tempestade de indignação em um meio de comunicação da *Internet*, acompanhada, em parte, por comentários ofensivos (DUDEN, 2016).

<sup>2</sup> Constituição do Estado de Massachusetts, art. 1º, parte I: “*All men are born free and equal [...]*”.

Cabe destacar que tal vocábulo não tem por objetivo criticar esse modelo de comunicação, mas somente retratar um fenômeno observado onde há um verdadeiro escárnio em massa, com surtos de ofensas e insultos na internet. Essa tempestade de manifestações ofensivas, aliada à instantaneidade da transmissão de informações na rede, se mostra um verdadeiro palco para discussões políticos virtuais e violação de Direitos Humanos amparada frequente anonimato (GARCIA, 2015).

Com relação a isso, fatores como o distanciamento entre o ofensor e a vítima fazem dos ambientes digitais um ambiente propício para o *shitstorm*. A ausência da vítima fisicamente faz com que o agressor se posicione de forma mais anárquica, já que o sistema punitivo estatal ou moral parece não atingir o *cyberespaço*. Diante disso, a frequente impunidade e a distância que os instrumentos de controle social adquirem frente à rápida comunicação na internet, esse comportamento ofensivo em massa pode gerar mais discriminação e intolerância às diversidades em diversos contextos da vida (PEREIRA, 2017).

### 2.2.2 Cibercrimes de ódio e as suas características

Atualmente a comunicação através da internet vem sendo discutida no âmbito das ciências jurídicas. Questões como o direito à privacidade, propriedade intelectual e as violações de bens jurídicos relevantes em meio virtual, trazem o foco da doutrina para a aplicação das normas jurídicas aos crimes de ódio cometidos em ambiente *online* (DE LUCCA, 2008).

Dentro desses debates surgem posições antagônicas: há os que defendem uma maior regulamentação estatal da internet, no sentido de uma aplicação eficaz das leis penais aos crimes que acontecem na rede; em contraposição, há a corrente que defende que a regulamentação da internet violaria a liberdade de expressão (MONTENEGRO, 2003)

Como visto, os ambientes virtuais de comunicação se mostraram propício para a prática de crimes, tendo como escudo a distância entre a vítima e o agressor e a carência de mecanismos coercitivos para a defesa dos direitos ofendidos. Sobretudo, os crimes de ódio, motivados em razão por razões discriminatórias e preconceituosas, em que a vítima pertence a um determinado grupo social. Esses crimes são praticados pela manifestação de palavras tendentes a insultar, intimidar ou assediar a vítima, utilizando apontamentos referentes à sua raça, cor, etnia, origem, sexo, religião, idade, etc., (BRUGGER, 2007).

O sentimento de ódio é de ordem privada e protegido dentre os direitos fundamentais. Ou seja, odiar é permitido e é um direito protegido quanto à liberdade de expressão. No entanto, como não existe direito absoluto, a liberdade de expressão encontra limite nos crimes quanto à honra, previstos no Código Penal brasileiro: calúnia, injúria e difamação. Portanto, nada impede que um indivíduo manifeste a seguinte expressão: “eu odeio o Presidente da República”, porém se a expressão imputa uma situação criminosa a alguém,

estaremos diante do crime de calúnia, *v.g.*, “esse Presidente é um ladrão!” (PERRONE, 2017, p. 1).

### 2.3 O papel do estado no combate à discriminação na internet

Verifica-se o compromisso assumido pelos Estados internacionalmente, com relação à aplicação dos Direitos Humanos em seus respectivos ordenamentos jurídicos. A necessidade de tratamento igualitário, que garantam o próprio exercício da dignidade da pessoa humana, e dos demais direitos fundamentais individuais e coletivos direitos sociais, é papel do Estado e está previsto na própria Carta Magna. Para a garantia desses direitos, cabe ao Estado implementar a repressão e punição aos crimes discriminatórios na internet bem como desenvolver um sistema de fiscalização eficiente para apuração dos crimes de ódio (SARLET, 2009).

A Constituição Federal de 1988 deu especial destaque à não discriminação, colocando o combate às formas de preconceitos como um objetivo da República Federativa do Brasil sem seu artigo 3º, inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” No artigo 4º, a Carta Magna ainda estabelece o repúdio ao racismo, inclusive classificando-o como um crime inafiançável e imprescritível, nos termos do Art. 5º, XLII (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, o Brasil se mostra adepto às orientações internacionais sobre Direitos Humanos, e repudia expressamente as formas de discriminação social como o racismo. Ou seja, pelo menos formalmente o Estado cumpre o compromisso de garantir a igualdade e a não-discriminação, incriminando as condutas que causem tais prejuízos, principalmente à dignidade da pessoa humana (FERREIRA FILHO, 2009).

Considerando-se todo o conteúdo exposto até o momento, percebe-se que as novas formas de discriminação decorrentes da comunicação no *cyberespaço* tem gerado a chamada *shitstorm*, difundindo discursos que pregam a intolerância e incentivam práticas discriminatórias e preconceituosas de segregação social. Essa prática se prolifera de forma generalizada, dada as características de anonimato e distanciamento entre autor e vítima propiciados pelo relacionamento virtual (CASTELLS, 1999).

Diante desse fenômeno social, há uma corrente filosófica que pede maior intervenção estatal e aplicação das leis penais no combate à discriminação na internet, e aos crimes cibernéticos. De outro modo, uma corrente sustenta que a internet é uma ferramenta que democratizou a informação e a comunicação, e limitar a liberdade de expressão na rede configuraria um retrocesso à disseminação de pensamentos.

Tendo em vista o combate às discriminações como sugere a própria Constituição Federal, o Estado brasileiro tem adotado medidas penais infraconstitucionais para incriminar condutas discriminatórias, como por exemplo a elaboração da Lei nº 7.716/1989 que dispõe sobre os crimes de preconceito de raça ou de cor, que será objeto do próximo subtópico.

### 2.3.1 Aplicabilidade da Lei nº 7.716/1989

Segundo o Jornal do Comércio a prisão por racismo no Brasil é tão rara que nem mesmo consta no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional. São registrados crimes contra o patrimônio, a pessoa, dignidade sexual, etc. Sabe-se que o motivo de não ter registros não é a inexistência de racismo na sociedade brasileira (SCARTON, 2017).

Esta Lei tem por objetivo punir as condutas discriminatórias praticadas contra um grupo ou coletividade e tipifica ações como *v.g.*, negar ou obstar emprego em empresa privada, recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador e impedir o acesso ou uso de transportes públicos como aviões, navios barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido (SILVA, 2014).

Uma primeira crítica a ser feita a esta Lei, é o fato de ela tipifica fatos específicos que, muitas vezes, são difíceis de provar. Por exemplo, a negativa de emprego em empresa privada, em que a ação pode ser justificada por outros critérios diversos do critério racial. Nesse caso, a pessoa prejudicada pelo desemprego não tem mecanismos para provar o fato como sendo um crime discriminatório.

O bem jurídico tutelado pela Lei 7.716/1989 é a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e também o direito de igualdade, combatendo as discriminações de origem, raça, etc., um dos objetivos da Constituição Federal enquanto norma programática. Os crimes, previstos na Lei de racismo visam coibir qualquer forma de discriminação, através da tipificação condutas dolosas, sendo crimes comuns – podem ser praticados por qualquer pessoa – e exigem a vontade do indivíduo de praticar a ação ou omissão por motivos discriminatórios (MERLONE, 2017).

Nesse sentido, observa-se que a dificuldade de aplicação da norma ao caso concreto se dá em razão da prática condescendente de Juízes e Tribunais com as práticas discriminatórias. Tal prática, gera uma percepção errônea de que no Brasil inexistem crimes dessa natureza já que o número de processos criminais por motivos discriminatórios é muito pequeno. O autor ainda afirma que o baixo índice de investigação imparcial e efetiva do Ministério Público é fator que proporciona a impunibilidade para os autores de crimes raciais.

Há ainda a hipóteses de que o fato da maioria dos juízes serem brancos os incapacita em compreender o problema racial vivido pelas vítimas. Nesse contexto, as leis que visam coibir práticas discriminatórias são, na maioria das vezes, aplicadas por pessoas que não representam as minorias ou a classe ofendida, o que poderia gerar uma impunibilidade e a ineficácia na aplicação da Lei (GONÇALVES SILVA, 2010).

Embora a Lei contra o racismo seja um instrumento importante por mostrar que o Poder Público reconhece esse tipo de conduta como relevante, a carência de eficácia na

aplicação dessa norma é preocupante. Acontece que o racismo no Brasil tem um caráter velado e as condutas praticadas, por vezes, são difíceis de serem provadas para embasar uma ação penal. Nesse contexto, é importante que a Lei 7.716/1989 seja repensada de uma forma que confira maior aplicabilidade às condutas discriminatórias que ocorrem no dia a dia.

### 3 | CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se que com o advento da tecnologia, surgiram-se impactos nas formas de comunicação, sociabilidade e acesso à informação. Dessa forma, as manifestações de ódio, preconceito e intolerância fazem parte desse novo universo. Com isso, conclui-se que o fenômeno *Shitstorm* é uma realidade que se faz presente no meio digital e que pode impactar negativamente a vida dos atingidos.

Vale destacar que as formas de discriminação comumente se baseiam na exclusão de algumas pessoas e na dominação de outras, causando danos, especialmente, às classes mais vulneráveis ou minorias. Portanto, uma ação por parte do Estado é uma estratégia que pode vir a inibir discursos de ódio propagados nas mídias sociais. Até pelo fato de que há necessidade de tratamento igualitário para com todos os cidadãos independente de raça, status social e condição econômica.

Logo, em vista dos argumentos apresentados para a garantia desses direitos, cabe ao Estado implementar todos os seus recursos cabíveis para assim diminuir os crimes de discriminação na internet, um meio viável e interessante seria aplicação de punições e também uma fiscalização mais eficiente dos meios de comunicação.

### REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marim de. **Da igualdade: introdução à jurisprudência**. Coimbra: Almedina, 1993.

ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Diversidade e desigualdade. **Libertas: Revista de Pesquisa em Direito**, v. 6, n. 1, 2020.

BARBERA, Marzia. **Discriminazioni em eguaglianza nel rapporto di lavoro**. Milano: Giuffrè, 1991.

BOBBIO, Norberto. Elogio à serenidade e outros escritos morais. São Paulo: Unesp, 2002. Pág. 127-128

BRASIL, SAFERNET. Indicadores da central nacional de denúncias de crimes cibernéticos. **SaferNet Brasil, Salvador**, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. Brasília, DF: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07 nov. 2021.

BRUGGER, W. **Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano.** Revista do Direito Público, v. 15, n. 117, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho.** Coimbra: Almedina, 1999.

DUDEN. Duden Die Grammatik. 2016. Disponível em: <<http://www.duden.de/rechtschreibung/Shitstorm>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

EU COMMISSION et al. Code of conduct on countering illegal hate speech online. **European Commission, Bruxelles, Belgium**, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

GARCIA, José Luís. **Uma crítica da economia da informação na era das mídias digitais.** Revista Novos Olhares. USP: São Paulo, v.4, n.1, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2238-7714.no.2015.102233>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

GONÇALVES SILVA, Felipe e outros. **A esfera pública e as proteções legais anti-racismo no Brasil.** 2010. Disponível em:< [https://www.google.com/url?url=https://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/download/64822/67439/&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwikiYX4xbHhAhVdGLkGHZKMA\\_gQFggUMAA&usq=AOvVaw1Is9upFPG9pMJIG8A1FLqQ](https://www.google.com/url?url=https://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/download/64822/67439/&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwikiYX4xbHhAhVdGLkGHZKMA_gQFggUMAA&usq=AOvVaw1Is9upFPG9pMJIG8A1FLqQ)>. Acesso em: 08 nov. 2021.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho.** Editora LTR, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003.

PEREIRA, Luiz Ismael et al. **O fenômeno Shitstorm: Internet, intolerância e violação de direitos humanos.** Aracaju: Interfaces Científicas-Humanas e Sociais, 2017.

PERRONE, Cláudia Maria; PFITSCHER, Mariana de A. **Discurso de ódio na internet: pontuações metodológicas.** In: Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos). 2017.

PERRY, B. **In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes.** London: Routledge, 2001.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A discriminação racial na internet e o direito penal: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação**. Curitiba: Juruá, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCARTON, Suzy. Há 28 anos em vigor, Lei do Racismo é pouco executada no Rio Grande do Sul. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, 21 nov. 2017.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista direito GV**, v. 7, p. 445-468, 2011.

STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 10, n. 2, p. 450-468, 2015.

# CAPÍTULO 3

## O DIREITO ACHADO NA RUA: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS DIFERENTES TIPOS DE DIREITO

*Data de aceite: 01/03/2022*

*Data de submissão: 16/12/2021*

**Josué Carlos Souza dos Santos**

Mestrando em Segurança Pública, Direitos  
Humanos e Cidadania  
Universidade Estadual de Roraima  
Boa Vista, Roraima  
<https://orcid.org/0000-0003-1172-5763>

**RESUMO:** No século XXI muita coisa tem acontecido no que diz respeito às pautas de garantia e proteção aos direitos humanos, aqueles que garantem a dignidade e liberdade da pessoa em humana. Os diferentes tipos de direito se relacionam ou se confundem? Direitos humanos, fundamentais, pátrios, civis, positivo, natural entre outros foram o grande arcabouço da legislação mundial, amparado pelos marcos legais, jurisprudências e normativos técnicos que regulamentam o mundo. Esse estudo se propõe a fazer um breve percurso histórico desses direitos com o objetivo de entender se de fato eles estão voltados à dignidade da pessoa humana. As considerações aqui expressas se derivam do âmbito dos estudos de nível mestrado profissional em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania da Universidade Estadual de Roraima.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Direitos Civis. Direitos Fundamentais. Cidadania.

### THE RIGHT FOUND ON THE STREET: BRIEF COMMENTS ON DIFFERENT TYPES OF LAW

**ABSTRACT:** In the 21st century a lot has happened with regard to the guidelines for guaranteeing and protecting human rights, those that guarantee the dignity and freedom of the human person. Do the different types of rights interrelate or are they confused? Human, fundamental, national, civil, positive, natural rights, among others, form the great framework of world legislation, supported by legal frameworks, jurisprudence and technical regulations that regulate the world. This study proposes to make a brief historical journey of these rights in order to understand if they are in fact aimed at the dignity of the human person. The considerations expressed here derive from the scope of professional master degree level studies in Public Security, Human Rights and Citizenship at the Universidade Estadual de Roraima.

**KEYWORDS:** Human rights. Civil rights. Fundamental rights. Citizenship.

### INTRODUÇÃO

No século XXI muita coisa tem acontecido no que diz respeito às pautas de garantia e proteção aos direitos humanos, aqueles que garantem a dignidade e liberdade da pessoa em humana. Diversos acontecimentos do passado têm um influente impacto positivo nessa época e geração, ainda que conquistados com derramamento de sangue e criação de diversos documentos oficiais advindos das grandes

batalhas e guerras de proporções globais. Os avanços, entretanto, ainda são lentos.

Douzinas (2009) propõe uma crítica no que diz respeito a violações dos direitos humanos, sobretudo na segunda guerra mundial e também os demais conflitos, guerras, calamidades e genocídios das eras passadas. Para o autor “os direitos humanos têm apenas paradoxos a oferecer” (DOUZINAS, 2009, p. 17). De fato, o que o autor irá criticar é a institucionalização dos direitos humanos no âmbito dos governos e demais organismos, no exercício de sua apropriação e utilização nos objetivos mais convenientes a cada um.

Nesse mesmo processo, e analisando brevemente a obra *A era dos Direitos* de Norberto Bobbio (1992), é possível perceber esse percurso histórico no desenvolvimento da teoria dos direitos humanos e todas as características que envolvem sua efetividade. De fato, os direitos humanos mereceram uma maior atenção por parte do aparato estatal na idade moderna a partir da revolução burguesa de 1789, especificamente a francesa. Uma das características fundamentais das revoluções burguesas é o fato de que essa classe buscava reivindicações sociais, econômicas e políticas, criticando diretamente o absolutismo predominante nesses períodos. Enquanto isso, a idade moderna ainda avançava com os diversos acontecimentos na Inglaterra, como será apontado mais adiante.

Lopes (2011) falará que entre a historicidade e a atemporalidade apresentadas por Bobbio existem ainda avanços a passos lentos a serem considerados. A autora apontará que:

(...) sem uma fundamentação ética, fundada no respeito à dignidade de todos os seres humanos, não é nem será possível garantir a efetividade desses direitos, nem a conseqüente consolidação da democracia, tão ambicionada por Bobbio (LOPES, 2011, p. 18).

A autora apontará diversos questionamentos a respeito da obra do filósofo político e historiador italiano, como por exemplo, as principais críticas de Bobbio em relação às teorias clássicas inerentes à teoria dos direitos humanos, o resgate aos aspectos positivos do pensamento Bobbiano pelas principais correntes jusfilosóficas e também as condições que o autor garantirá para a efetividade da fundamentação dos direitos humanos. Bobbio (1992) destacará a importância da idade moderna a partir da França, Estados Unidos e Inglaterra, fazendo menção à existência de resquícios na defesa dos direitos humanos na idade antiga, tanto no oriente quanto ocidente. O autor reconhecerá que o melhor momento da garantia da efetivação dos direitos humanos foi com a superação do estado totalitário, advindo de um novo modelo e com a adoção de uma série de princípios que encontram sua origem nos iluministas e contratualistas, como Hugo Grócio (1583-1645), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Rousseau (1712-1778), John Locke (1632-1704) e outros fundamentais na formação de teorias que operaram em favor de um estado evitasse a concentração excessiva de poder na mão do monarca e inauguração do estado constitucional.

Assim, nos propomos a desenvolver um artigo com base em um breve aporte teórico

do tema dos diferentes tipos de direitos, com os direitos humanos como pano de fundo. Nesse sentido, utilizamos de referências bibliográficas e um estudo teórico metodológico que aponte para a construção, definição e relações entre os diferentes tipos de direitos. Esse estudo está inserido ainda no âmbito dos estudos de pós-graduação, nível mestrado profissional, em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania da Universidade Estadual de Roraima e também do grupo de pesquisas Escola Amazônica de Filosofia, um grupo cadastrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) do governo federal.

## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Voltando às questões do oriente e enxergando na idade antiga diversos elementos aqui interessantes, é possível perceber no estado de Israel/Palestina, Índia, Antigo Egito e outros parte da mesopotâmia e suméria, que alguns dispositivos legais e governamentais foram criados no objetivo de proteção pontual aos direitos humanos, como o código de Haburabi com seus direitos e deveres dos antigos babilônicos, o Talmude hebraico com as questões sociais, políticas e éticas rabínicas para o povo judeu, a Sharia e o Alcorão, importantes documentos regulamentários religiosos, políticos e sociais dos povos árabes e muçulmanos, entre outros. A existência de filósofos e líderes religiosos que se preocupavam com a dignidade da pessoa humana também é um elemento importante de destaque, como Confúcio, Zaratustra, Buda, Moisés, Maomé e outros.

Na Grécia antiga é possível ler a história através da ótica da democracia ateniense e também da república do estado romano ao respeito dos temas ligados aos direitos humanos. A partir de manifestações filosóficas de Sócrates (469/470 a.C – 399 a.C), Platão (428 a.C - 347 a.C) e Aristóteles (484 a.C – 322 a.C) constata-se que os filósofos tinham uma preocupação com os direitos e dignidade a pessoa humana como parte fundamental de seu *Zeitgeist*<sup>1</sup> filosófico. Na Roma antiga, Cícero (106 a.C – 43 a.C) tratou dessa questão também ao instituir o tratado das leis (52 a.C). De fato, é possível perceber que nesses séculos antes de Cristo houve uma certa manifestação, mesmo limitada, à proteção aos Direitos Humanos.

No século V então se inicia a idade média, que diz respeito ao declínio da soberania do império romano no ocidente. Essa época foi marcada por questões religiosas que implicariam em batalhas e conflitos específicos em nome da religião, sejam elas políticas com implicações físicas, sejam elas no campo das ideias predominantes do período. Também nesse período alguns filósofos se uniram à igreja católica, com fortes influências gregas. A teologia via seu crescimento ideológico através de Santo Agostinho (354 d.C – 430 d.C), São tomas de Aquino (1225-1274) e tantos outros. Esses contribuíram significativamente com questões relacionadas à fé, prática religiosa e moralidade. Mais adiante, no século

---

<sup>1</sup> Palavra alemã que significava pensamento que estava em voga durante algum período de tempo.

XVI aconteceria a reforma protestante, um movimento de proporções globais liderado por Martinho Lutero (1483-1546) que daria uma nova roupagem ao Cristianismo, com as falas direcionadas à garantia do livre exercício de sua fé e prática religiosa, que incluía a liberdade individual de culto.

Retornando as ideias relacionadas à Inglaterra, um de seus emblemáticos documentos é a Carta Magna assinada pelo Rei João sem Terra ainda no século XIII, no ano de 1215. Influenciado pelo desejo de vencer as diversas batalhas do período, o rei aumentava os impostos conforme lhe bem decidia, além de não ter boas relações diplomáticas com a igreja católica que tinha forte influência anglicana. Nesse sentido, os nobres e o clero se juntaram para protestar por melhorias e garantia de direitos, e esse documento foi a forma de protesto encontrada. Sem saída diante da união desses dois membros sociais que faziam parte da sociedade inglesa, o rei assinou o que seria considerando um importante instrumento de avanço legislativo no ocidente.

É certo que esse documento beneficiava apenas grupos específicos, mas alguns o considerariam um embrião das constituições modernas e contemporâneas como são conhecidas na atualidade. Ainda no período é possível destacar que os sistemas feudais e modelo de monarquia despótica e absolutista predominavam e com regra retirava das pessoas boa parte do uso fruto da própria dignidade humana. Nos anos e séculos seguintes outras contribuições importantes viriam da Inglaterra, como a Petição de Direto (1628) que seria algo como uma declaração de liberdades civis e também a criação da lei de Habeas Corpus Act (1679), instrumento que iria instituir os direitos processuais civis contra a soberania arbitrária do Estado.

Outra influência dos iluministas e contratualistas se deu na declaração de direitos de Virgínia de 1776, em terras norte americanas. Entre as diversas considerações que esse documento trouxe, uma das principais dizia respeito ao direito de protestar contra o poder do governo, caso o achassem inadequado à realidade do povo. Esse documento é um marco na luta norte americana da independência, precedendo a declaração de independência dos Estados Unidos da América, também no ano de 1776.

Um pouco mais adiante é possível perceber que a revolução francesa traria também diversos impactos em tais direitos, com a implementação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Tavares (2012) dirá que:

A revolução francesa derruba a monarquia e a nobreza, castas dominantes até então, para impor uma Constituição escrita, com a preocupação de assegurar amplamente seus ideais de *liberté*, *égalité* e *fraternité* (TAVARES, 2012, p. 34).

De fato, essa nova declaração foi desenvolvida inspirada na Declaração dos Direitos de Virgínia (1776) e traria elementos bem parecidos no que diz respeito à proteção dos direitos humanos. Assim, influenciados pelo advento do iluminismo e de tais revoluções (entre tantas outras) e mecanismos legais criados e institucionalizados, abre-se para os direitos humanos uma grande oportunidade a partir do surgimento do modelo de estado

constitucional.

Já no século XX, duas constituições marcariam o período inicial, a saber: a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. A primeira traria contribuições sociais significativas, como garantias para as liberdades individuais e políticas, trabalho assalariado garantido, entre tantas outras. A segunda trouxe garantias protetivas em relação a trabalho, educação e outros direitos sociais. Mais adiante, as duas grandes guerras mundiais e outras de grande porte, como a guerra fria, guerra do golfo, guerra do Vietnã, guerra de secessão e outras tantas influenciariam a criação, desenvolvimento e implementação de organismos internacionais com o mandato de proteção dos direitos humanos, como a liga das nações (1919-1946) que daria origem a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945 e a importante Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Essa declaração surgiu de fato por uma preocupação mais efetiva no plano internacional com a proteção aos direitos humanos com uma ideia de que é preciso garantir não apenas esses direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, humanos, difusos, coletivos e outros, que garantam às pessoas o livre exercício de ser humano sem impedimentos no que diz respeito aos seus direitos e liberdades.

É recente o uso das terminologias direitos humanos e direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo seu status de ser considerado algo como apenas disposições político-filosóficas mudado para um status de força normativa, com sua validade reconhecida no texto constitucional e embasando filosófica e juridicamente a tutela de direitos humanos na esteira de normas constitucionais juntamente com a constituição de 1988. Tepedino (2014) vem mencionar que é nesse documento, a constituição de 88, que os direitos fundamentais irão aparecer inclusive aliados a outras tantas terminologias, como os princípios de dignidade da pessoa humana, igualdade substancial e outras consideradas garantias individuais inderrogáveis.

Assim, mesmo que não haja uma definição legal de direitos humanos e fundamentais no direito brasileiro, é no constitucionalismo europeu que o Brasil beberá de sua fonte, com os direitos humanos básicos previstos nos tratados e convenções internacionais e os direitos fundamentais aqueles considerados de ordem pública interna. O autor fala que mesmo que sejam bem similares e até mesmo sinônimos, eles podem ser considerados diferentes, sendo que o primeiro deve ser a prioridade, o direito da pessoa humana, antes da constitucionalização/positivação do indivíduo na sociedade. É nesse contexto que o autor falará que ainda há muito a ser feito no Brasil no que diz respeito à efetivação dos direitos humanos. Ele vai citar como exemplo o fato de que em zonas rurais muitos dos crimes ainda estão impunes, representando uma violação dos direitos humanos no campo.

Utilizando uma linguagem técnica a partir de elementos jurídicos, Tepedino (2014) proporcionará uma abordagem reflexiva e crítica a respeito dos direitos humanos e direitos fundamentais no Brasil, no campo do direito contratual, no campo da responsabilidade civil, direito de propriedade e direito da família. Ele entenderá que são direitos vinculantes e que

o direito civil deve ser funcionalizado a interesses existenciais e sociais, se constituindo parte fundamental da nova ordem pública interna. Ele concluirá, por fim, que a constituição da república interferirá tanto nos interesses e esferas públicas e privadas, garantindo a proteção de direitos fundamentais. Esse de fato foi o ponto forte do autor, com muito embasamento jurídico. Entretanto, um dos pontos fracos é possivelmente ter deixado a terminologia dos direitos humanos de um modo superficial e vago, restrito a normas internacionais e até com o aporte do direito internacional. De fato é possível concordar com o autor ao falar que é preciso redobrada atenção por parte dos juristas ao tratar de temas tão amplos, fundamentais e garantidos.

É importante também oferecer duas análises no contexto brasileiro de assuntos que se relacionam com a garantia dos direitos humanos e fundamentais. No primeiro, ao analisar a jurisprudência a respeito do caso dos trabalhadores da fazenda Brasil verde se percebe que a Organização dos Estados Americanos (OEA) decretou que o Brasil deveria indenizar as vítimas resgatadas durante a fiscalização do Ministério Público do Trabalho entre os anos de 1997 e 2000. Naquela fazenda, no sul do estado do Pará, trabalhadores se encontravam em condição análoga à escravidão, e esse organismo internacional interveio em favor das vítimas. De fato, essas condições não deveriam existir, e o Estado Nacional deveria ser o responsável por não permitir, seja através das fiscalizações constantes, seja no aparato legal dos direitos da pessoa humana. No segundo caso, ao analisar a questão racial das cotas no Brasil, se percebe ainda uma grande disparidade entre diplomados brancos e negros. Segundo Brito (2018), o aumento das oportunidades em quase quatro vezes mais para a população negra no Brasil foi percebido nas últimas décadas. Em uma nação com histórico de escravidão étnica e racial, o sistema de cotas encontrou na sociedade uma janela de oportunidades para populações tão oprimidas pelos poderes e indivíduos. De fato, ainda é possível perceber, conforme mencionado no início dessas análises, que os avanços ainda não lentos e o caminho é longo para ser percorrido no sentido de enfim garantir a plena liberdade e direito de ser gente, de ser humano, de ser cidadão.

## **A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

A discussão a respeito da influência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é ampla, inclusive no tocante ao direito privado. É certo que temas como direito da família e sucessões, o estado das pessoas, obrigações e contratos, propriedade e patrimônio estão voltados tanto para o direito privado como ao direito civil, mas em qual momento específico as relações particulares são diretamente afetadas pelas definições em torno dos direitos humanos e direitos fundamentais? Em qual momento que, mesmo tendo esse caráter privado, o Estado pode estabelecer uma conexão com as causas particulares?

É nesse momento que é possível perceber a problemática envolvendo o desastre ambiental que a Vale causou em algumas regiões do estado de Minas Gerais. A Vale é uma

empresa privada que ocupa um lugar global e estratégico na área de mineração. Em 2019 foi responsável pela tragédia ambiental em Brumadinho-MG com mais de duzentos mortos, diversos desaparecidos e muitas casas e famílias impactadas diretamente e negativamente por conta dessa situação. O fato é que em alguns momentos jurídicos, o Estado tomou partido e inclusive discordou de efetivações e garantias do direito fundamental em alguns momentos, seja o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, a Advocacia-Geral da União (AGU), o MPF e as defensorias públicas da União e do Estado. É uma situação complexa que envolveu partes civis, a empresa privada e o Estado. Mesmo com os diversos acordos e indenizações, o dano causado pela empresa é irreversível, por envolver vidas humanas.

É possível, entretanto, perceber a influência dos direitos humanos no processo, por exemplo, ao falar sobre o valor de uma vida humana, estipulado em U\$\$ 2,56 milhões pelo engenheiro norte americano Robert Whitman. De fato, a vida humana tem um valor financeiro, pensando sob a égide dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos? E pensando sob a ótica dos direitos humanos fundamentais, sob a ótica da constituição brasileira? É deveras importante perceber que esse cuidado civil de aporte financeiro às famílias, seja através das várias indenizações financeiras individuais ou coletivas, vai tratar basicamente de um suporte legal e que supra os danos morais. Ficam, entretanto, as mazelas a respeito da ausência dos entes queridos que se foram sob o cenário desse crime indescritível e de macro proporções.

Na jurisprudência de Brasil (2015) é possível perceber basicamente uma situação onde é possível verificar a efetividade da proteção aos direitos humanos. Logo no resumo da controvérsia relatada pelo ministro Ricardo Lewandowski, já é possível identificar que se trata de uma ação para que o judiciário obrigasse o poder executivo fazer uma reforma no Penitenciária Estadual na cidade de Uruguaiana, no Rio Grande do Sul. Após algumas instancias e decisões, o colegiado decidiu que o judiciário não pode obrigar o executivo a fazer porque estaria entrando em uma responsabilidade que não era dele, mas da administração pública. Em seguida, a decisão da segunda instancia é cancelada baseada no fato de que o judiciário pode sim obrigar o executivo a fazer a reforma na penitenciária uma vez que em tais condições não estão sendo atendidos e garantidos os princípios de direitos humanos, havendo claramente uma grave violação. O embasamento é que em dezembro de 2004 houve um acréscimo no artigo quinto, terceiro parágrafo da constituição federal que diz que se for aprovado algum tratado internacional específico dos direitos humanos da mesma maneira que uma ementa constitucional, ele terá forma com supra legalidade, ou seja, poder e validade semelhante à constituição federal. Sendo, por tanto, aceita essa fundamentação legal que é percebida nos dispositivos do voto, parte final do documento.

“É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais

em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes s. (BRASIL, 2015, f. 72)".<sup>2</sup>

Essa é de fato um indicativo de efetivação da proteção dos direitos humanos, quando o pano de fundo que serviu de base legal para a legitimação e efetivação do direito à dignidade de pagar sua pena de uma forma digna, humana e de respeito à segurança. Isso também se relaciona com o conteúdo da vídeo-aula pois nela é dito que o estado deve-se pautar e orientar nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos para se nortearem e se constituírem juridicamente no ordenamento local, e a completa efetivação desses direitos cabe novamente ao Estado.

## OUTROS TIPOS DE DIREITOS

Existem basicamente uma série de direitos que dizem respeito à natureza humana e condição de dignidade humana. Existe uma necessidade de respeito aos direitos primários, essenciais e fundamentais, pois as naturezas de complementariedade dos direitos não dizem respeito apenas à vida, à liberdade, à segurança, solidariedade, enfim, mas também à economia, sociedade e outras instâncias co-relacionadas. Nesse sentido, é possível então visualizar uma gama de áreas para onde os direitos humanos se estenderão e se complementarão como o direito à alimentação, educação, saúde e moradia. Com base na constituição, esses direitos também poderão ser chamados de direitos fundamentais, pois também são garantidos sob uma égide regimentária nacional e internacional.

Também poderão ser incluídos nessas considerações os direitos coletivos, também chamados de difusos: proteção ambiental, do consumidor e outros que juntos regulamentam juridicamente vida do indivíduo cidadão. A existência dos direitos humanos vistos em diversas áreas, não apenas àquelas que orbitam as questões essencialmente civis ou políticas, é inegável. É visto que alguns autores também falam a respeito do tema, como o jurista e cientista político Paulo Bonavides, o filósofo político Norberto Bobbio, o professor André Ramos Tavares e também o professor André de Carvalho Ramos, entre outros que apresentam os direitos humanos como aqueles direitos essenciais indispensáveis à vida digna. Em suma, esses direitos podem ser considerados como essenciais, fundamentais e básicos à vida e à existência humana.

Existe também uma relação entre os direitos humanos e o direito positivo. A efetividade do primeiro passa pelo segundo, tanto considerando as convenções internacionais quanto a constituição interna da nação. É preciso considerar também que aqui no ocidente a influência se deu com o sistema jurídico romano-germânico onde a norma primeira que

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acessado em: 24/04/2021.

dará efetividade aos direitos humanos é a lei produzida pelo parlamento através do poder constituinte originário ou derivado. Essa será a manifestação normativa jurídica que efetivará os direitos humanos e resguardarão a dignidade das pessoas. Nesse sentido, os diversos tipos de direitos humanos se complementam e se transformam em um conjunto de orientações (a nível internacional) e efetivações (leis, a nível nacional) que garantem a proteção a eles e a garantia que o indivíduo terá à sua livre existência.

A universalização dos direitos humanos pode ser pensada sob uma perspectiva de complementariedade do termo. Pensar nos direitos humanos implica considerar a proteção no plano internacional e também o ordenamento jurídico interno. Essas garantias internacionais oferecem influência à produção normativa no âmbito dos estados nacionais: a constituição. No nível nacional, os Estados são detentores de soberania estatal e não precisam ser curvar as diretrizes das normas do direito internacional, porém é dessa fonte que bebem para se orientar, se constituírem e se efetivarem. A ideia é que os estados nacionais e países devem nortear o seu ordenamento doméstico com as definições identificadas nos tratados e convenções internacionais.

É nesse sentido que foi pensada a declaração universal dos direitos humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1948. Ao pensar os direitos à vida, à liberdade religiosa, à constituição da família, à liberdade de pensamento e opiniões, entre tantas outras, a intenção foi dar um norte orientador aos diferentes estados mundiais para se orientarem e organizarem seus ordenamentos jurídicos locais.

A respeito do direito natural e em análise aos direitos humanos, é importante primeiro um entendimento introdutório e aproximado de o que é o direito natural. De fato, o direito natural se apresentará em diversas vezes como uma ideia que caminha em direção contrária ao direito positivo, por ser mais abstrato e sem origem nos ordenamentos presentes ou dependentes no/do Estado. A noção dos direitos humanos virá da justiça, ordem, preservação da dignidade do ser humano. Por isso, as duas, os direitos naturais e os direitos humanos, são parecidas. Os princípios são as normas que orientarão aquele determinado direito. É inclusive interessante perceber que na ausência de uma constituição, os princípios basilares e fundamentais do direito, presentes principalmente no direito natural, podem e devem ser ativados e utilizados. É principiológico porque é essencial e norteador permeado por um forte senso de justiça, ética, cidadania, liberdade e garantias.

Os direitos humanos terão a flexibilidade de se relacionar tanto com os direitos naturais como os direitos positivos. Entretanto, a relação entre os direitos humanos e direito natural é fundamental, pois diante da necessidade de orientação normativa para serem constituídas as normas da nação, se faz prevalecer os princípios naturais perante a atuação do poder constituinte originário. Interessante também analisar que esse poder tem ampla liberdade na criação de uma constituição. Há, entretanto, limites. Este deve se pautar no direito natural na produção da constituição. Fica a pergunta: será que tudo é possível ao poder criador de uma constituição? A resposta é não. Justamente porque o direito natural se

pautará na justiça para ser garantido, e sempre fará jus à liberdade da vida e existência com dignidade dos seres humanos. É lá que o poder constituinte originário deverá se embasar para poder criar suas constituições normativas. É, entretanto, no direito positivo, que esse poder deverá encontrar todas suas substâncias para uma efetivação eficaz.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todas essas observações e conclusões, é possível de fato concordar com essas análises, já que é inegável a influencia do direito natural nas configurações originárias de uma constituição, prezando pela imutabilidade e universalidade, bem como o poder efetivador causado pela influencia do direito positivo. Os direitos humanos, por fim, são fundamentais, essenciais, básicos à vida e à existência, e versáteis, que caminham entre diversas outras abrangências do direito.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n. 592.581**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 13/08/2015. Voto do relator disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 24/04/2021.

BRITO, D. **Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista**. Agência Brasil. Brasília, 27/05/2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista>> Acessado em 09/05/2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016**. Serie C N. 3185. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf)>. Acesso em: 09/05/2021.

DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

LOPES, A. M. D. **A era dos direitos de Bobbio: entre a historicidade e a atemporalidade**. Revista de Informação Legislativa, v. 192, p. 7-19, 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242925>> Acessado em: 09/05/2021.

MACIEL, EMANOEL. **Considerações Iniciais sobre Direitos Humanos**. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=doAKh-S33aA>> Acessado em: 24/04/2021.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 10ª Ed, 2012. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3240/tavares-andr-ramos-curso-de-direito-constitucional.pdf>> Acessado em: 09/05/2021.

TEPEDINO. **A influência dos direitos humanos e direitos fundamentais no direito civil brasileiro**. In: XXIII Congresso Nacional CONPEDI, 2014, João Pessoa. A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI, 2014.

## CONTEXTUALIZAÇÃO E RELEVÂNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA SOCIEDADE

*Data de aceite: 01/03/2022*

### **Leydilene Batista Veloso**

Contadora do escritório Spring Contabilidade.

Bacharel em Direito NOVAFAPI. Professora da Faculdade UNIP –Teresina PI. Palestrante.

Conselheira do CRC-PI. Mestra em Contabilidade e Administração pela FUCAPE

**RESUMO:** O presente trabalho trata de uma interpretação global da Análise Econômica do Direito - AED, princípios, pensadores e outras referências consideráveis. Apresenta a AED como um relevante dispositivo para se programar, conceber e interpretar as normas jurídicas considerando a rápida modificação social e econômica vivenciada nesse novo milênio. Aponta que a revolução pós-industrial, indústria 4.0, não é naturalmente padronizada pelas ferramentas legítimas, tradicionais, obsoletos, e que o Direito carece de modernos padrões para sua irrefutabilidade, com coação de decadência todo o sistema jurídico válido quanto a seu propósito maior: a de normatização das condutas sociais e econômicas de pessoas físicas e jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Análise Econômica do Direito, Direitos Fundamentais, Normas Jurídicas.

**ABSTRACT:** The present work deals with a global interpretation of the Economic Analysis of Law - AED, principles, thinkers and other considerable references. It presents the AED as a relevant device for programming, designing and interpreting legal norms considering the

rapid social and economic change experienced in this new millennium. It points out that the post-industrial revolution, industry 4.0, is not naturally standardized by legitimate, traditional, obsolete tools, and that the Law lacks modern standards for its irrefutability, with the coercion of decadence of the entire valid legal system regarding its greater purpose: the regulation of the social and economic behavior of individuals and legal entities.

**KEYWORDS:** Economic Analysis of Law, Fundamental Rights, Legal System.

### 1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo visa realizar uma reflexão sobre o momento em que a humanidade vem passando, por grandes modificações em diversos âmbitos do conhecimento humano. Uma pandemia fez os hábitos, relações sociais e os modelos de fazer negócios se transformarem rápido. Diversas normas de exceção apareceram definindo, por exemplo, o fechamento de negócios e novos comportamentos no acordo com os clientes e funcionários nas empresas. As consequências econômicas decorrentes da nova legislação, previstos ou não, são evidentes.

Nesse contexto é relutante o entendimento dos limites e probabilidades do pensamento contemplado pela denominada de Análise Econômica do Direito. O debate sobre AED é evidenciado pela atualidade do entendimento analítico econômico das normas

jurídicas. A percepção dos conceitos, origem e evolução dessa mudança, os pensadores e suas ideias, bem como as obras publicadas, são expressivos e apropriados para todos os executores do direito, singularmente num período como este de crise. O debate nacional e internacional sobre o tema surge com força para as opções sobre a significação dos recentes regulamentos de condutas sociais. Opções alusivas, por exemplo, a pontos como a regulamentação das condutas humanas na percepção de salvar vidas nos conflitos da pandemia ou de salvar outras vidas de pessoas que morrerão de fome, perante a decadência econômica. Dilemas vivenciados por toda a humanidade e que a solução pode passar pela AED, que avalia inclusive, o bem maior, a vida humana.

Diante disso, objetiva-se analisar suas proporções e essenciais características, dentro das demarcações principiológicas que regem a AED o avanço do pensamento, construção do pensamento no Brasil, efetividade da aplicação dessa concepção no âmbito do sistema público.

O texto está dividido em três capítulos. No primeiro são abordadas panorama dos conceitos, a importância, a evolução histórica do pensamento denominado análise econômica do direito. No segundo tópico são destacados os indispensáveis autores e suas obras publicadas, além da relação desses autores com os segmentos tradicionais do direito. Nestas obras são vistos os autores estrangeiros que compõem AED, bem como o início do levantamento de um movimento brasileiro pela AED, ainda nascente, mas já com alguns autores de destaque realizando Análises Econômicas de normas jurídicas.

O terceiro capítulo remata a AED como pensamento atual e em desenvolvimento. Tempo no qual fica expressa, a Análise Econômica das normas jurídicas, como a principal dispositivo para a interpretação e a produção de normas jurídicas adequadas ao novo milênio. Unicamente com uma construção normativa organizada, quanto aos seus impactos na vida real, é possível se regular as relações sociais, econômicas e comerciais da era 4.0 (pós-revolução industrial).

Em linhas conclusivas são feitas considerações finais e chama-se atenção para à demanda de consolidação das concepções do pensamento analítico econômico do direito, suas ameaças, vantagens e desvantagens para a humanidade. Fica qualificado que o direito, lastreado apenas num dever ser, é incapaz para regular, atualmente, as condutas sociais. Isso porque toda norma é apreciada quanto aos seus efeitos na vida de cada indivíduo. Acrescente-se que cada norma de atuação é avaliada, por quem está impelido ao cumprimento equivalente, quanto as despesas de sua regular reverência.

A metodologia utilizada neste trabalho somente bibliográfica e configura uma releitura dos principais autores do pensamento analítico econômico. A partir da consulta aos livros e periódicos são apresentadas as deduções e opiniões sobre o tema. Ressaltando que, em se tratando de uma pesquisa em ciências humanas, o texto não se propõe como conclusivo ou irrefutável, sendo apenas uma reflexão para a contextualização da importância da utilização do pensamento analítico econômico do direito, quando idealização de normas

jurídicas bem como do período das escolhas de suas finalidades em contratos, pareceres, decisões jurídicas e administrativas e na vida cotidiana das pessoas mais instruídas, bem como na distinção de uma norma específica em momento de pandemia.

## 2 | PRINCÍPIOS E HISTÓRICOS

Inicialmente, a denominada Análise Econômica do Direito – AED surgiu a partir de uma visão sobre as regras de posicionamento quanto às consequências destas no mundo real. Desse modo a atual maneira de ver os efeitos e resultados das normas jurídicas, iniciou-se a probabilidade de tornar competentes as relações sociais, beneficiando uma maior interação do direito com as demais ciências sociais. (Ribeiro, 2016, p.27). Ressalte-se, contudo, que é considerável verificar, que a relação das normas jurídicas com a economia já existe há bastante decurso e passaram de um processo natural e quase intuitivo do ser humano.

Esse manifesto humano possui alusivos relevantes importantes recentes. Primeiramente, significativo entender que nos Estados Unidos da América, a partir da segunda metade do século passado, auferiu ardil um grupo de ideias que ajustam as ciências econômica e jurídica de maneira interdisciplinar unificando direito e economia. Esse elo de ideias e metodologias de análise jurídica com viés econômico foi denominado de Análise Econômica do Direito (AED), ou *“law and economics”*. (Fux, 2019)

Ressalta-se, contudo que apesar de a discursão realçando direito e economia seja do século passado, Adam Smith e outros pensadores da economia e do direito, já estavam sucedendo juízos das normas jurídicas ressaltando os aspectos econômicos bem antes dessa cognominada equipe de estudos da *“law and economics”*. (Maia, 2007)

Economistas, contadores e juristas encurvaram sobre a análise de normas e decisões jurídicas bem antes da equipe americano, e isso pode ser visto, por exemplo, quando foi idealizada um confronto entre as deliberações no âmbito doméstico e adversidades relativas a toda a humanidade, no século XVIII, por Adam Smith, na sua obra que lidava sobre como se compõem os capitais das nações. (Smith, 2007, p. 22).

Nessa linha de narrativa do surgimento da AED, Steven Shavell (2004) percebeu que as iniciais condutas econômicas no âmbito do direito foram consideradas já a partir das obras de Beccaria (1770) e Bentham (1789) sobre crime. Atente-se, porém que há uma consonância de diversos pensadores de que a AED é um movimento novo, surgido efetivamente na década de 60 a partir de dois artigos: *“The Problem of Social Cost”* de Ronald Coase publicado em 1960, no *“3 Journal of Law and Economics”* e o trabalho *“Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”* elaborado por Guido Calabresi, publicado em 1970, no *“Yale Law Journal 499”*. (Shavell, 2004)

Sérgio Gallindo (2019) evidenciou os dois trabalhos antecedentes (Coase e Calabresi) e identifica como pensadores idealizadores mentores desse movimento também

os pensadores: Gary Becker (1968) e Richard Posner (1972). Eles seriam notoriamente os mais importantes para o avanço deste método de refletir sobre o direito com vínculo econômica, que passou a ser denominado *Law and Economics*.

Incumbe observar que foi o Richard Posner, em 1973, ao publicar a obra *Economic Analysis of Law*, que instituiu uma nova extensão aos saberes sobre Direito e Economia, pois foi quem iniciou pesquisas sobre o sistemático sobre diversos setores jurídicos sob a visão econômica, englobando o estudo dos contratos, da propriedade, responsabilidade civil. O debate em torno da AED se mantém atual nos EUA e, particularmente, na Universidade de Chicago. (Caliendo, 2009)

Inviável demarcar a um período específico do advento da análise econômica do direito, nem é sinal fleumático se ela pode ser qualificada como uma Escola, um pensamento, um movimento ou apenas um método. Assim, é bem caracterizada a aparição de uma divisão de opiniões nas correntes doutrinárias, entre considerar a AED como uma escola ou não. Hoje, contudo, quando se fala em AED há um senso coletivo quanto a percepção de conteúdo e método, bem como quem são os principais autores referências do mundo moderno.

Paulo Caliendo (2009) destacou que a “análise econômica do direito” é mais um movimento do que uma escola única, abrangendo diversas escolas, algumas contraditórias entre si, como por exemplo: Escola de Chicago (Chicago Law and Economics), Escola da Nova Economia Institucionalista (Institutional Law and Economics), Escola das Escolhas Públicas (Public Choice Theory) e outras.

A Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), portanto, deve ser considerada como uma abordagem e não como uma teoria. Realmente trata-se de uma distinção bem importante entre escola do pensamento e abordagens ou movimento. As escolas apresentam de modo geral um conjunto de postulados compartilhados e defendidos por um grupo de pensadores (escola austríaca, institucionalistas etc). Por sua vez as abordagens ou movimentos apresentam um grau mais difuso de postulados comuns ou heterogeneidade na sua agenda de pesquisa. (Caliendo, 2009, p. 16).

Paulo Caliendo (2009), dando sequência seu pensamento sobre AED, aborda ao debate que os estudos não se limitam aos Estados Unidos, apontando que na Europa a abordagem também realça palco relevante. Existem pesquisas que buscam verificar a compatibilidade de uma abordagem da Análise Econômica do Direito e os Fundamentos do Direito Público alemão. E nesse contexto cita Josef Drexler leciona a disciplina de Direito internacional Econômico na Universidade de *Ludwig-Maximilians*.

A Universidade de *Ludwig-Maximilians* é uma das mais renomadas da Alemanha, constituindo-se na terceira maior daquele país e conhecida como Universidade Luís Maximiliano de Munique – LMU. Tem um corpo docente de mais de 750 professores e cerca de cinquenta mil estudantes espalhados em 18 faculdades. Trata-se de um importante centro de estudos na comunidade europeia. (LMU, 2020)

O estudo da AED tem como importante ponto, que tudo na vida das pessoas tem relação com a escassez e assim as normas e decisões não perdem se abstrair de avaliar esse fato. Assim os *jus* economistas estão preocupados em tentar responder dois questionamentos básicos: 1) Quais as consequências de dada norma jurídica? 2) A regra jurídica é possível ser adotada? Ou seja, primeiro analisar-se o resultado da norma e dependendo destes resultados, se avalia a possibilidade de sua aplicabilidade no mundo real. (Klein, 2016, p.20). Por exemplo uma norma tributária que exige de todas as pessoas um imposto único de 20 mil dólares. Não é uma norma possível de execução porque nem todos dispõem este valor. Numa AED fica evidenciando a impossibilidade de aplicação das normas.

A AED como termina sendo com marcada por características bem específicas. A primeira é a rejeição da autonomia do Direito diante a realidade social e econômica, significando que o direito interage com essas realidades. Em segundo há uma predominância na aplicação de métodos de outras áreas do conhecimento, tais com economia, contabilidade, sociologia e filosofia. Como terceira característica a AED adota um posicionamento crítico à interpretação jurídica como interpretação conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social. Ou seja, não se pode interpretar o direito através somente da normatividade. (Caliendo, 2009)

Este atributo da AED possibilita que os sistemas jurídicos sejam criados e interpretados de uma forma mais apropriadas a novos pedidos da sociedade. A partir da percepção quanto aos elementos conceituais e a importância da AED para esse novo milênio, mister se faz, contextualizar agora os pensadores da AED.

### **3 I PENSADORES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Mundialmente, a AED demanda um papel muito relevante, na dimensão em que as relações sociais são cada vez mais complexas e as pessoas físicas e jurídicas passaram a avaliar os custos e benefícios no cumprimento das normas jurídicas. Assim, os autores que averiguam as consequências concretas das normas jurídicas passaram a ser examinados para as tomadas de decisão. Os efeitos das normas jurídicas são regularmente examinados inclusive pelos órgãos julgadores, diminuindo a significação do direito pelo direito e ocupando espaço o consequencialíssimo na compreensão das normas jurídicas. Isso acontece em nível nacional e internacional.

Nessa linha, mundialmente existem diversos autores estrangeiros ilustres estudando o assunto da AED, porém dizer quais seriam os mais importantes não é tarefa fácil. Em cada nação e em cada língua há um elo de autores. Talvez um indicativo dos autores e pensadores estrangeiros apresentados como de destaque seja a repetição de citações, ou de deferência de outros estudiosos, ou pela verificação do conteúdo teórico de cada um dos autores, ou ainda pelo fato de serem repetidamente traduzidos em outras línguas.

Cada um desses critérios, acima citados, são verídicos, porém pela limitação de tempo, não seria possível a verificação do conteúdo de um rol sem fim de autores em todos o país do mundo. Para se estabelecer os autores mais citados, seria inicialmente fundamental verificar quais autores poderia serem inclusos nessa avaliação, acrescentasse que muitos pensadores só produziram obras físicas. Assim, a eleição dos autores traduzidos para o português foi o adotado para citá-los como referência de pensadores da AED. Assim, no quadro a seguir, são apresentados os principais autores estrangeiros:

AUTORES	OBRAS
- COASE, Ronald	- <i>A firma, o mercado e o direito</i> - <i>O Problema do Custo Social</i>
- COOTER, Robert - ULEN, Thomas	- <i>Direito &amp; economia</i>
- POSNER, Richard	- <i>Os problemas de filosofia do direito</i> - <i>Para além do direito</i> - <i>A economia da justiça</i> - <i>Fronteiras da teoria do direito</i> - <i>A problemática da teoria moral e jurídica</i>

AUTORES ESTRANGEIROS DA AED - TRADUZIDOS

Quadro elaborado pela Autora

O juiz norte-americano Richard Posner foi um dos autores mais citado em artigos jurídicos e muito de seu prestígio se deve ao número de assuntos citados ao longo de sua carreira, em que escreveu em média de quarenta livros e centenas de artigos, sendo o ponto mais importante, o papel de Macroeconomia na Análise Econômica do Direito, assim muito traduzido e talvez depois de Coase, um dos mais importantes pensadores. Outros autores também tiveram seu destaque, porém seria muito extenso relatar a história de cada um, e transformaria esse artigo num livro.

No Brasil possuem diversos autores tratando da Análise Econômica do Direito, seja de forma inicial, explanando o que é esse pensamento, seja mostrando uso do método analítico econômico para compreensão dos diversos ramos. Entre os autores que apresentam a AED de forma introdutória pode-se identificar os seguintes.

<b>AUTORES</b>	<b>LIVROS PUBLICADOS OU OBRAS QUE JUSTIFICAM A INCLUSÃO DO AUTOR NA LISTAGEM</b>
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; - KLEIN, Vinicius	<i>O que é análise econômica do direito: uma introdução</i> (Editora Fórum)
- TIMM, Luciano Benetti	<i>Direito e economia</i> (Editora Livraria do Advogado)
- RIBEIRO, Gustavo - GICO Jr, Ivo Teixeira	<i>O jurista que calculava.</i> (Editora CRV)
- PINHEIRO, Armando C - SADDI, Jairo	<i>Direito, economia e mercados</i> (Editora Elsevier)
- LEAL, Rogério Gesta.	<i>Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios.</i> (Editora Enfam).
- LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua	<i>Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia.</i> (Editora Saraiva)

Quadro elaborado pela Autora

No mérito da Análise Econômica do Direito, os primeiros a debaterem o assunto foram os civilistas. Isso porque a análise econômica se iniciou debatendo os contratos nas empresas, bem como teorias como a do “dilema do prisioneiro”, que representa uma análise de possibilidades comportamentais. No Brasil existem vários autores pensando e debatendo a AED. Veja-se os dois quadros a seguir, aonde são contemplados alguns desses principais autores identificados como alinhados com o pensamento analítico do direito.

Primeiro os pensadores da AED aplicada ao direito civil, direito empresarial e regulatório:

<b>AUTORES</b>	<b>LIVROS PUBLICADOS OU OBRAS QUE JUSTIFICAM A INCLUSÃO DO AUTOR NA LISTAGEM</b>
- CAVALLI, Cássio M.	- <i>Empresa, direito e economia</i> (Editora Forense)
- ZYLBERSZTAJN, Décio - SZTAJN, Rachel (orgs.).	- <i>Direito e economia, análise econômica do direito das organizações. (Obra Coletiva)</i> (Editora Campus)
- BATTESINI, Eugênio.	- <i>Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil</i> (Editora LTR)
- DIAS, Jean.	- <i>Análise econômica do processo civil brasileiro</i> (Editora Método).
- SADDI, Jairo	- <i>Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direito e economia</i> (Editora Quartier Latin)
- BODART, Bruno - FUX, Luiz	- <i>Processo Civil e Análise Econômica</i> (Editora Forense)
- GICO Jr., Ivo Teixeira	- <i>Cartel - teoria unificada da colusão</i> (Editora Lex).

- SCHAPIRO, Mario. G.	<i>Direito e economia na regulação setorial (Editora Saraiva)</i>
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira - GALESKI JR, Irineu	<i>. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica (Editora Elsevier)</i>
- PORTO, Antônio José Maristrello	<i>- Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). Direito e Economia no Brasil. (Editora Atlas ).</i>
- SALAMA, Bruno Meyerhof.	<i>- O fim da responsabilidade limitada no brasil: história, direito e economia. (Editora Malheiros)</i>
- SZTAJN, Rachel.	<i>Teoria jurídica da empresa (Editora Atlas).</i>

#### PENSADORES DE AED DIREITO CIVIL, EMPRESARIAL E REGULATÓRIO

Quadro elaborado pela Autora

Em seguida tem-se os pensadores da AED relacionados com o direito penal. Cabe destacar que alguns autores possuem escritos e análises em outras áreas, mas foram enquadrados em cada área de acordo com as publicações identificadas e referenciadas, ou ainda por palestras e cursos ministrados. Ressalte-se a lista é apenas um embrião e uma tímida amostra que objetiva demonstrar que existe um grupo grande de pensadores brasileiros debatendo a AED. Assim, segue-se o quadro dos pensadores do direito penal que se subsidiaram da AED em seus trabalhos.

<b>AUTORES</b>	<b>LIVROS PUBLICADOS OU OBRAS QUE JUSTIFICAM A INCLUSÃO DO AUTOR NA LISTAGEM</b>
- OLIVEIRA, William Terra de, - LEITE NETO, Pedro Ferreira, - ESSADO, Tiago Cintra - SAAD-DINIZ, Eduardo	<i>- Direito Penal Econômico: Estudos em Homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann (Editora LiberArs)</i>
- BERCOVICI, Gilberto - SOUZA, Luciano Anderson	<i>- Intervencionismo econômico e direito penal mínimo: equação possível. In: Direito Penal Econômico: Estudos em Homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann (Editora LiberArs)</i>
- RAMOS, Samuel Ebel Braga,	<i>- Análise Econômica Do Direito Penal: Uma Abordagem Para Uma Possível Pena Ótima. ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW, v. 10, p. 191-204, 2019.</i>

#### PENSADORES DE AED DIREITO PENAL E PROCESSUAL

Quadro elaborado pela Autora

No Brasil o pensamento sobre a AED não se restringe a alguns poucos seguimentos, ao contrário, está presente em vários outros. Pensando AED sobre direito administrativo e constitucional existe uma pluralidade apresentada no quadro a seguir:

<b>AUTORES</b>	<b>LIVROS PUBLICADOS OU OBRAS QUE JUSTIFICAM A INCLUSÃO DO AUTOR NA LISTAGEM</b>
- NÓBREGA, Marcos Ant. Rios da	- <i>Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno.</i> (Editora Fórum)
- RIBEIRO, Mauricio Portugal - PRADO, Lucas Navarro	- <i>Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos</i> (Editora Malheiros)
- ARAGÃO, Alexandre Santos de.	- <i>Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte anos da constituição federal de 1988.</i> (Editora Lumen Juris)
- MOREIRA, Egon Bockmann.	- <i>Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral).</i> (Malheiros Editores) - <i>Direito da infraestrutura</i> (Editora Quartier Latin)

#### PENSADORES DE AED DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Quadro elaborado pela Autora

Tudo isso demonstra a riqueza do pensamento analítico econômico das normas jurídicas no Brasil e reflete a importância contemporânea dessa metodologia de analisar e interpretar a norma jurídica. Até em segmentos como cidadania e direito do trabalho existem estudos, demonstrando que não seria algo restrito a uma escola liberal ou social, mas sim um conhecimento aberto que avalia muitos resultados da norma. Veja-se alguns exemplos de autores que estudam a AED nessa linha mais humanística a seguir:

<b>AUTORES</b>	<b>LIVROS PUBLICADOS OU OBRAS QUE JUSTIFICAM A INCLUSÃO DO AUTOR NA LISTAGEM</b>
- PEDROSO, Marcelo Bатуira da C Losso	- <i>Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho: do estudo dos princípios à economic analysis of law aplicados ao direito do trabalho</i> (Editora Sergio Antonio Fabris)
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert.	- <i>Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico.</i> (Editora Renovar)

#### PENSADORES DE AED DIREITOS HUMANOS, TRABALHO E CIDADANIA (INCLUINDO DIREITO SANITÁRIO, SAÚDE, EDUCAÇÃO E LAZER)

Quadro elaborado pela Autora

As análises e estudos fundamentados na Análise Econômica do Direito no Brasil não se limitam aos aspectos gerais, possuem conteúdo, complexidade e especialidade. Determinados estudos verificam as normas jurídicas em seus detalhes quanto as consequências econômicas. Por exemplo, trabalhos do professor Paulo Caliendo (2009) verificam os efeitos das normas tributárias no reflexo comportamental do desenvolvimento

econômico brasileiro.

No mesmo pensamento de pesquisa o livro do professor Delano Câmara (2020) faz uma análise econômica imensa de todo o sistema tributário brasileiro mostrando as desigualdades produzidas pela tributação. Fazendo uma AED o professor evidencia que as deturpações existentes no Sistema Tributário brasileiro produziram limitações no desenvolvimento, além de extensas desigualdades sociais e regionais. O autor destacou que existe um erro na calibragem das cargas tributárias entres os diversos segmentos econômicos e sociais. Trata-se de pura análise econômica do direito.

A fartura de pensamento sobre a Análise Econômica do Direito na esfera das finanças e tributação é constatada pela pluralidade de trabalhos publicados, bem como pela profundidade das abordagens. Alguns dos trabalhos podem ser vistos a seguir:

<b>AUTORES</b>	<b>LIVROS PUBLICADOS OU OBRAS QUE JUSTIFICAM A INCLUSÃO DO AUTOR NA LISTAGEM</b>
- CALIENDO, Paulo (SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da)	- <i>Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica</i> (Editora Elsevier / Campus)
- CARVALHO, Cristiano	- <i>Teoria do sistema jurídico - direito, economia, tributação</i> (Editora Quartier Latin)
- CÂMARA, Delano Carneiro da Cunha	- <i>Tributação Viável: Paradigma para o desenvolvimento e a sustentabilidade do Estado</i> (Editora Fórum)
- MARTINS, Marcelo Guerra	- <i>Tributação, propriedade e igualdade fiscal: sob elementos de direito &amp; economia.</i> (Editora Elsevier)
- ARAÚJO, Thiago Cardoso	- <i>Análise econômica do direito no Brasil</i> (Editora Lumes Juris)

#### PENSADORES DE AED DIREITO TRIBUTÁRIO, FINANCEIRO E CONTROLES

Quadro elaborado pela Autora

Os pensadores do direito, que manusear da Análise Econômica do Direito para justificar a exigência de uma nova estrutura para construção e interpretação das normas jurídicas no Brasil e no mundo, apontam a posição de destaque desse novo método para esse milênio. Acrescente-se que a exaustão dos mecanismos tradicionais de regulação das relações sociais e econômicas são impulsos para o surgimento de novos paradigmas para os métodos e formas de pensar o direito. (Timm, 2008)

Dentre os diversos atuais padrões fontículas a Análise Econômica do Direito se apresenta como uma das importantes expectativas de solução para o futuro. Ressalte-se, porém que a AED está apenas início do que realmente virá a ser o seu papel no contexto dos estudos para a efetivação de normas que permitam vir regular social e economicamente a sociedade. Tudo isso faz da AED um compromisso de remédio para as questões futuras.

## 4 | CONCEPÇÕES FUTURAS DA AED

A AED chega em um tempo em que o mundo enfrenta transformações severas. As normas jurídicas existentes parecem não regular adequadamente as relações sociais e econômicas existentes no mundo real, em especial nos subúrbios aonde o Estado para não estar presente. Tem-se um estouro de violência, desigualdades e revoltas, isso sem falar no domínio pela criminalidade. O estouro populacional e os códigos legais tradicionais antigos fazem surgir múltiplas ocorrências paralelas convivendo dentro de uma mesma nação. É envolvendo novos meios para criação de normas jurídicas adequadas a regular essa pluralidade de situações, que vão da favela, ao multimilionário mercado de programas e aplicativos virtuais, que muitas vezes sequer colaboram com os custos do Estado, ou seja pagam pouquíssimo tributo. (Câmara, 2020)

Esta é a adversidade: construir e interpretar normas jurídicas de modo a elaborar desfechos efetivos. Para tanto é fundamental compreender como é vista cada norma jurídica por quem têm deveres de cumpri-las. Isso porque, em muitas situações, pode ser mais oneroso obedecer a norma do que as desobedecer. Nesse momento em que essa avaliação é feita, se as respostas forem é mais vantajoso desobedecer a norma. Então o que passa a está em jogo é a eficácia de todo o ordenamento jurídico vigente. E essa avaliação já tem sido feita por diversos sonegadores de impostos. (Câmara, 2020). Bem como também se percebem em variados noticiários que os desmatamentos e violações as normas ambientais expandiram. E por que expandiram? Porque, certamente, seja mais benéfico para os infratores do meio ambiente desobedecer a norma ambiental.

Desse modo, não se pode pensar um sistema jurídico apenas baseado em acontecimento, custo e diretriz como no progresso. Os resultados futuros podem fazer parte do planejamento para surgimento da norma jurídica, bem como compreensão pelos órgãos da administração e pelo judiciário. A hermenêutica tradicional precisa dar espaço para o consequencialíssimo da interpretação das normas jurídicas. E, até se for o caso fazer uma análise contrária quando do surgimento normativo. O objetivo da análise contraria seria neutralizar aquelas análises econômicas que possam apontar que seria melhor não cumprir o regulamento.

Atualmente o mundo, em toda sua complexidade, em que as normas não se limitam a regulamentarem apenas os comportamentos domésticos, é imprescindível um macro compreensão do efeito de cada norma na vida das pessoas (físicas e jurídicas), na economia, no meio ambiente, nas organizações e inclusive na sobrevivência planetária.

No momento da elaboração atual das normas jurídicas, habitualmente, não é realizada uma linha comportamental dos efeitos do conteúdo dessas normas (para as pessoas físicas e jurídicas). A inexistência do estudo de impactos antes da edição da norma jurídica, numa fase de planejamento, põe o sistema jurídico num rumo com nevoeiros e as cegas. E a principal dificuldade está na construção das normas jurídicas que é feita

no parlamento a partir de debates e votações que possuem como concretos fundamentos os interesses pessoais e de financiadores de campanhas dos parlamentares e não a verdadeira finalidade da regulação do Estado.

As normas jurídicas, como são criadas tornam obsoletas desde seu nascedouro. Sua linha abre caminho para tiranias econômicas, revestidas de viés de falsas democracias. Objetivam atender os interesses daqueles que regem o parlamento. Veja-se o modelo de tributação vigente no Brasil. Ele é composto por extrema complexidade para driblar diversa regressividade existente. A partir de uma AED de todo o sistema jurídico tributário brasileiro, em variáveis, está reafirmado que são as pessoas mais pobres pagam percentualmente mais tributos. O Brasil atravessou por diversas reformas e o modelo permanece o mesmo, porque o parlamento é comandado pelos mais ricos, que desejam pagar menos impostos sempre. Com isto a cada reforma, os parlamentares confirmam a existência de normas jurídicas regressivas, escondidas na complexidade do sistema tributário. Acontece que no período que mais e mais pessoas perceberem o quanto estão sendo enganadas, revoltas surgiram e o sistema não terá como conter milhares de pessoas nas ruas. (Câmara, 2020)

Frente a esta nova vivência, mister se faz que todo levantamento normativo passe a ser planejado. Esse planejamento deve analisar as decorrências e consequências de cada norma publicada. Quando se faz um planejamento analisando os efeitos deve-se ter em mente principalmente os efeitos econômicos da norma para as pessoas físicas e jurídicas. A norma jurídica pode trazer um efeito minúsculo que talvez seja mais importante para pessoa física ou jurídica descumprir a norma do que cumpri-la.

Atualmente, em que as pessoas passaram a ter acesso à informação, e que pessoas físicas e jurídicas estão analisando o custo/benefício pela desobediência das normas, o Estado só terá dois caminhos: 1 - determinar sanções mais agressivas que desestimule o descumprimento. 2 - Se utilizar cada vez mais de Nudge, ou seja, de teoria comportamental para o direcionamento das pessoas. Ressalte-se, porém, que normas protecionistas e arbitrárias, ou desproporcionais como aquelas que violam a ética e o bom senso, tendem cada vez mais a serem descumpridas e serem estopins de revoluções e revoltas. Assim, os dirigentes do Estado, mesmo capturados pelos grupos de controle do poder, necessitam acordar, e fazer o uso benéfico da AED.

Faz-se indispensável fazer uso no futuro da AED para criação de normas jurídicas proporcionalmente adequadas e éticas, bem como através da mesma análise procurar dispositivos de neutralizar o poder do muito rico, bem como viabilizar sistemáticas para alcançar o miserável que nada tem mais a perder na vida. Compreenda-se que em diversas conjunturas a violação da dignidade da pessoa humana já alcançou patamares em que nem a própria vida tem qualquer valor. A incitação é criar normas que possam alcançar as extremidades da teia social, isso porque o muito rico coloca seu patrimônio no nome de empresas situadas em paraísos fiscais e o miserável não tem como pagar mais do que aquilo que já paga no custeio do Estado. (Câmara, 2020)

Um exemplo clássico de AED corre em relação ao cumprimento de determinadas normas ambientais por indústrias poluentes. Normalmente quando uma fábrica é obrigada a adquirir determinado sistema para redução de poluentes, a gestão costuma avaliar o que é menos oneroso. Destaque-se que as indústrias fazem sempre uma análise de custos e benefícios de cada legislação e quais países possibilitam maiores lucros para as empresas. As empresas transnacionais se movimentam de um país para o outro com um único olhar: o maior lucro. Cabe ao Estado fazer verificações contrárias e buscar impor normas que evitem violações éticas, humanas e ambientais. Com este entendimento é possível entender que a AED não é uma única escola, um pensamento liberal, ou uma corrente única, ao contrário é um instrumento de análise normativa para o novo milênio, devendo ser utilizada para planejamento, confecção e interpretação das normas jurídicas de maneira a atender as necessidades atuais da sociedade.

Deste modo ao se pensar em uma norma jurídica e a sua respectiva sanção. A sanção deve ser mais onerosa do que o custo de cumprir a norma, porque do contrário a norma não será obedecida e isso vale tanto para as pessoas físicas como para pessoas jurídicas. Contudo, a norma deve ser parametrizada em parâmetros razoáveis, pois só desencadeará revoluções e ruptura das organizações estatais existentes.

Contudo, inclui um novo ponto relacionado a norma jurídica, que é o fato de que, toda a estrutura pensada atualmente, pensada as estruturas econômicas e relações sociais existentes e não as perspectivas futuras. As relações sociais e econômicas estão se modificando aceleradamente, existe uma revolução chamada de 4.0. Essa nova indústria chamada de “indústria 4.0” paga muito pouco em termos de tributação, especialmente por ter dimensões globais, não se sujeita as normas de determinados países, passam ilesas ao cumprimento dos sistemas jurídicos normativos vigentes. Assim, será necessária a construção de novos parâmetros e a AED é uma via de entendimento de como se criar normas que alcancem aqueles que não são regulados pelas normas postas.

No novo milênio é necessário que se faça uma análise de como o sistema jurídico pode alcançar todas essas relações decorrentes dessa era 4.0. Sim, porque as relações já estão ocorrendo e irão se modificar mais ainda em todos os campos num futuro próximo. As alterações ocorreram nas organizações, nas obrigações tributárias, nas relações interpessoais e até, talvez nas religiões.

Um dos grandiosos modelos é que hoje o Estado é bancado estritamente pelas estruturas econômicas do século passado. Observe-se, porém, que as estruturas econômicas existentes no século passado são insuficientes para sustentar um Estado em ritmo crescente. As nações possuem cada vez mais pessoas viventes em seu território, requerendo em espiral exponencial por estruturas de saúde, educação, transportes, habitações, comunicações. Assim, logo será essencial um novo formato de financiamento do Estado sob pena de financiamento desse. (Câmara, 2020). O Estado não divide igualmente os custos dele com todos. Isso exige uma nova perspectiva de criação

do ordenamento jurídico considerando os elementos dessa revolução pós-industrial e comportamental.

Diante disto, a importância da análise econômica do direito neste novo milênio para a criação, o planejamento, a interpretação das normas jurídicas, que não podem mais ser vista de maneira estática como no passado. A Análise Econômica do Direito é o futuro para a criação de normas jurídicas que possam ter efetividade na nova sociedade e na nova economia.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta breve análise, é possível concluir que a Análise Econômica do Direito, demonstra como uma das ferramentas mais importantes deste milênio para instrumentalizar e permitir que as normas jurídicas consigam realmente determinar uma regulação nas relações sociais e econômicas futuras. Sem o aproveitamento da AED para criação e interpretação das normas jurídicas aplicáveis a relações econômicas e sociais do futuro, pode ocasionar o declínio ou uma inefetividade de todo o sistema jurídico posto.

Contudo esse movimento iniciou com viés de ser uma escola ou um pensamento que poderia moldar unicamente aqueles iriam aumentos seus lucros. Na famosa Universidade de Chicago, inicia como um instrumento mais amplo e sem divisas, cuja utilização por pessoas físicas e jurídicas ilimitadas. Além disso, a AED mostra também como meio disponível para Estados (governos), a partir de análises contrárias econômicas, criam normas jurídicas mais adequadas à modelagem econômica e social da atualidade.

Assim, a AED passou a ser rotineira a todas pessoas e empresas de uma maneira costumeira e até quase espontânea. Esse entendimento faz-se necessário não só pela academia, mas pelos governantes, pelas empresas, pelas pessoas de bem que almejam um planeta sustentável para filhos e netos, bem como pelos adolescentes que estão formando seus conceitos e referências. Justifica assim a necessidade cada vez maior de uma análise econômica das normas jurídicas para a construção e aplicação do Direito no mundo.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise econômica do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2016.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. São Paulo: LTR, 2010.

CALIENDO, Paulo. [SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso]. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2009.

CÂMARA, Delano Carneiro da Cunha. *Tributação Viável: Paradigmas para o desenvolvimento e a sustentabilidade do Estado*. São Paulo: Forum, 2020. Edição do Kindle.

CAVALLI, Cássio M. *Empresa, direito e economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. In: DIAS TOFFOLI, José Antônio; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (orgs.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5 Edition. Reading, Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2019. Disponível em <[http://works.bepress.com/robert\\_cooter/56](http://works.bepress.com/robert_cooter/56)>. Acesso em 28 abr. 2020.

FARIAS, Talden. *Introdução ao Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009:

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil & análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GALLINDO, Sérgio Paulo Gomes. *Law & Economics: Conceitos de análise econômica do direito e aplicação no âmbito civil e sancionador*. São Paulo: Editora LiberArs, 2019. Edição do Kindle.

GICO Jr., Ivo Teixeira. *A tragédia do judiciário*. In: *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, vol. 267, pp. 163-198. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

MAIA, Douglas Leonardo Costa. *Paradigmas da análise econômica do direito, para o estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira*. Dissertação. Universidade de Marília. 2007. Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp062636.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2 ed. Revista e Ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIBEIRO, Gustavo; e GICO Jr, Ivo Teixeira. *O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo e Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Harvard, 2004.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. MetaLibri, 2007. Disponível em <[https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA\\_WealthNations\\_p.pdf](https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf)>. Acesso em 28 abr. 2020.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito e economia, análise econômica do direito das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

## VIOLÊNCIA DE GÊNERO: HISTÓRICO, MIGRAÇÃO VENEZUELANA E PANDEMIA

Data de aceite: 01/03/2022

### Martha Klívia de Luna Torres

Bacharel em Direito. Especialista em Direito Constitucional. Assistente em Administração da Universidade Federal de Roraima (UFRR).

Mestranda em Sociedade e Fronteira pela UFRR

<http://lattes.cnpq.br/3258085261258885>

### Rodrigo Bezerra Delgado

Bacharel em Direito. Especialista em Direito Processual Civil. Mestre em Educação Profissional e Tecnológica pelo IFRR. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR)

<http://lattes.cnpq.br/2523932777845716>

<https://orcid.org/0000-0002-5845-9581>

Resumo apresentado ao GT MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS E DIREITOS HUMANOS: O ACOLHIMENTO E A GARANTIA DE DIREITO, no IV Congresso Internacional DHJUS – Justiça, democracia e reconstrução. Programa de Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça.

**RESUMO:** O presente resumo é originado do projeto de pesquisa apresentado ao Mestrado Sociedades e Fronteira da Universidade Federal de Roraima. No projeto se objetiva verificar a efetividade no cumprimento da medida protetiva de urgência de distanciamento/afastamento do agressor dentro dos abrigos destinados às famílias de migrantes venezuelanos na cidade de Boa Vista - Roraima entre os anos 2019 e

2020. Assim, um dos pontos da pesquisa que está em elaboração é traçar um breve histórico sobre a violência de gênero praticada contra a mulher e suas raízes históricas, estabelecendo quão enraizada está a violência contra a mulher, colacionando algumas citações importantes e profundas sobre a temática, abordando ainda a condição da mulher migrante, em especial a venezuelana e, por fim, os efeitos da pandemia neste contexto de violência de gênero. Este é o objetivo do resumo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência – Gênero – Mulher – Migrante.

### GENDER VIOLENCE: HISTORY, VENEZUELAN MIGRATION AND PANDEMIC

**ABSTRACT:** This abstract originates from the research project presented to the Societies and Frontier Master's Degree at the Federal University of Roraima. The project aims to verify the effectiveness in complying with the urgent protective measure of distancing/removal of the aggressor within the shelters intended for families of Venezuelan migrants in the city of Boa Vista - Roraima between 2019 and 2020. Thus, one of the points of the research that is being elaborated is to draw a brief history on gender violence practiced against women and its historical roots, establishing how deep-rooted violence against women is, collating some important and profound quotes on the subject, also addressing the condition of migrant women, especially Venezuelan and, finally, the effects of the pandemic in this context of gender violence. This is the purpose of the summary.

**KEYWORDS:** Violence – Gender – Female – Migrant.

O presente resumo é originado do projeto de pesquisa apresentado ao Mestrado Sociedades e Fronteira da Universidade Federal de Roraima. No projeto se objetiva verificar a efetividade no cumprimento da medida protetiva de urgência de distanciamento/afastamento do agressor dentro dos abrigos destinados às famílias de migrantes venezuelanos na cidade de Boa Vista - Roraima entre os anos 2019 e 2020.

Assim, um dos pontos da pesquisa que está em elaboração é traçar um breve histórico sobre a violência de gênero praticada contra a mulher e suas raízes históricas, estabelecendo quão enraizada está a violência contra a mulher, colacionando algumas citações importantes e profundas sobre a temática, abordando ainda a condição da mulher migrante, em especial a venezuelana e, por fim, os efeitos da pandemia neste contexto de violência de gênero. Este é o objetivo do resumo.

O tema se torna de extrema relevância em face do intenso movimento migratório que vem passando o Estado de Roraima desde o ano de 2015, com volumosa movimentação de pessoas oriundas da Venezuela que atravessam a fronteira em direção ao Brasil, fugindo do seu país.

Pois bem.

Ferreira Júnior, A. P. (2018) afirma que *“não é possível precisar quando a ideia de feminilidade foi considerada inferior em relação à masculinidade, mas tal ideia foi levada adiante de modo a ser encontrada tal concepção nos pensadores contratualistas”*.

Segue, ainda, afirmando, ao tratar da obra “O contrato sexual” de Carole Pateman, que alguns pensadores possuem uma visão de inferioridade em relação ao ser da mulher, e que nesta obra a autora traz uma série de argumentos que direcionam a visão aludida.

Sobre a temática, importante destaque à resenha escrita por Juliana Torres Pires (2019) sobre o livro Calibã e a Bruxa, da escritora italiana Silvia Federec, donde se depreende que a partir de um percurso analítico histórico é revelado *“a discriminação e desigualdade em relação às mulheres no mundo capitalista não é uma herança do mundo “pré-moderno”*.

Na verdade constitui uma formação do capitalismo, alicerçado sobre as diferenças sexuais existentes e atreladas às novas funções sociais, tendo como início o surgimento da propriedade privada.

Pires (2019) revela, ainda, que para Federici *“a história das mulheres é a história de classes, pensando o fato de que na sociedade capitalista, a “feminilidade” foi construída como uma função trabalho que oculta a produção da força de trabalho sob o disfarce de um destino biológico”*.

Por fim, revela ainda que, no contexto do livro indicado, que Mulheres significa *“não somente uma história oculta que necessita se fazer visível, mas também uma forma particular de exploração e, portanto, uma perspectiva especial a partir da qual se deve*

*reconsiderar a história das relações capitalistas”.*

Partindo da premissa acima, observa-se o que escreveu Carnoy (1988) ao relembra que Rosseau “*argumentou que o sucesso do contrato social, a partir do qual a vontade geral poderia ser exercida, dependia de uma sociedade de pequenos proprietários*”.

Isto significava para o próprio Rosseau, ainda segundo Canoy (1988), um “*Estado que estava ativamente envolvido na prevenção da desigualdade em desenvolvimento*”.

Tão ricos são os textos sobre a forma de como o capitalismo influenciou negativamente o crescimento da violência contra a mulher que inúmeros autores debruçam-se sobre o assunto sem que a narrativa por vezes repetida torna-se enfadonha ou perde o caráter atual e urgente quanto à discussão.

E é interessante e necessário observar como a opressão reflete o estranhamento dos seres humanos entre si, porquanto as relações de produção promovem um distanciamento da humana essência, esta que torna os seres humanos comuns, correspondentes, semelhantes, similares uns aos outros.

Assim se vê o abismo que está instaurado entre a essência humana e as vivências e ligações do dia a dia a que é submetido o ser humano no modo de produção capitalista, por causa da influência do estranhamento nas relações produtivas e sociais.

Como bem escreveu Silveira e Costa (s/d), “*as desigualdades de gênero que perpassam a sociedade encontram-se ainda latentes em pleno século XXI, mesmo após as conquistas históricas do movimento feminista*”.

Na verdade, essas desigualdades atingem a totalidade da vida feminina, e se vê com maior ênfase no que concerne sendo a introdução ao mercado de trabalho, já que esta se constitui uma das principais vertentes discriminatórias sofridas pelas mulheres.

Assim, a exploração do sexo feminino se dá de um lado sob a dominação masculina e de outro pelo sistema capitalista, o qual detém, na sua essência, uma ideologia patriarcal de gênero

Por fim, afirma Silveira e Costa (s/d) que “*a submissão da mulher a esse tipo de exploração deve-se, em grande parte dos casos, à necessidade de assumir o sustento do lar*”.

E deve se somar a isso o fato que as mulheres trabalhadoras, frequentemente não terem o devido acesso a estudo e qualificação profissional.

A violência de gênero é uma concepção de tríplice aspecto histórico, social e econômica que não nasce no capitalismo, porquanto anterior a ele.

Segundo Saffioti, “*a identidade social da mulher, assim como do homem, é construída através da atribuição de distintos papéis que a sociedade quer ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo*” (SAFFIOTI, 1987, p. 8).

E é orientada pelo patriarcado cujo principal efeito e expressão se dá pela agressão do homem contra a mulher não só na forma física, mas, também psicológica, sexual, moral, patrimonial, entre outras formas de violência de forma a validar e fortalecer a ideia do

gênero feminino como inferior, frágil, dependente do homem, inabilitada para decidir sobre sua própria vida e, sobretudo, sem condições de questionar destinação historicamente preestabelecida pelo fato de ser mulher.

Vê-se, assim, que a violência de gênero fere a essência humana porquanto discrimina, diminui e prejudica as mulheres na medida em que retira direitos que impossibilitam de serem seres humanos em si e para si.

Porém, é preciso entender as origens para buscar alternativas mais eficazes no combate a violência, no caso em questão, aquela perpetrada contra a mulher.

A ocorrência da violência doméstica e familiar contra a mulher independe de raça, idade e condição social, no entanto os estudos nos indicam que é mais latente em contextos de pobreza e desigualdade social, sendo o capitalismo um reforço das ideias apresentadas numa sociedade patriarcal situando a violência contra a mulher como uma manifestação da questão social, de tal maneira que no Brasil é identificada também como uma questão de saúde pública.

E se as mulheres já amargam toda sorte de violência, some-se a essa condição o fato de ser migrante.

Pessoas, em especial, mulheres migrantes forçadas, que se viram obrigadas a deslocar-se por condições estruturais (conflitos armados, crises econômicas ou ambientais, violências relacionadas ao gênero), geralmente são integrantes de populações marginalizadas, e o fato de se tornar migrante produz ainda mais vulnerabilização, o que torna ainda mais latente a violação de direitos humanos.

E além de vulnerabilizadas, as mulheres migrantes terminam por procurar menos ajuda dos órgãos oficiais quando vítimas de situações de violência, isso porque muitas não alcançam a segurança que desejam no local de destino, continuando assim submetidas a discriminações relacionadas a seu papel social de gênero, a qual tender a ser agravada pela condição de estrangeira.

Não se pode também deixar de ressaltar que muitas mulheres ainda sofrem com novas desigualdades e opressões que não aconteciam no país natal, muitas dessas relacionadas à raça, cultura e/ou etnias. Isso acontece porque existem comunidades imigrantes que se encontram isoladas cultural e socialmente, o que culmina por constranger a mulher na procura de intervenção oficial com intuito de resolver a situação de violência na qual se encontra. Nestes casos, a linguagem pode ser uma barreira muito significativa na tentativa destas mulheres procurarem ajuda.

E além da barreira linguística tem-se ainda a falta de rede de apoio, medo de revitimização, aliado ao tratamento diferenciado sofrido pela condição de migrante nos serviços de saúde e a desconfiança quanto aos serviços estatais. Todos esses acontecimentos são fatores que desencorajam a denúncia e essa situação é ainda pior para mulheres em situação irregular.

Neste aspecto relacionado ao gênero, destacam-se as lições trazidas pelo

ecofeminismo que se relaciona intimamente com a interculturalidade conforme escreveu Medina (2019) ao afirmar que *“esa comprensión del género como una construcción se basa en aspectos sociales, culturales, económicos, políticos y psicológicos, ampliando las posibilidades de los enfoques históricos.”*

Com isto surge a necessidade de uma análise conjunta da vinculação do gênero com as relações de poder e a definição de gênero enquanto representação.

E completa Medina (2019) afirmando que *“la percepción del género como una relación compleja y sociocultural implicaba que la acción de rastrear a las mujeres en la Historia no era simplemente una búsqueda de cierto aspecto antes olvidado”*.

Na verdade, só invés, era uma relação entre seres e grupos humanos cujo s problemas haviam sido omitidos anteriormente.

Sobre a relação entre a violência e patriarcado, Duarte e Oliveira (2012) afirmam, no tocante a violência nas relações de intimidade, que diversos estudos que a prática desta se dá *“na sua grande maioria, por homens sobre mulheres e as causas desta violência remontam a uma construção social de desigualdade de gênero e a uma estrutura social assentada em concepções patriarcais”*.

No mesmo sentido, são as lições de Silveira e Costa (s/d) ao afirmar que *“concepções estas que ainda hoje se aviventam na sociedade e contam com o reforço do sistema capitalista na opressão e subjugação das mulheres, continuando bastante enraizadas no imaginário coletivo”*.

A mulher migrante, notadamente àquela que mora com sua família em um abrigo e sofre uma violência praticada por seu companheiro, a quem recorre para vê cessar aquela situação-limite que está enfrentando?

Relevante também é compreender que muitas mulheres migrantes vêm de países extremamente machistas e conviveram a vida toda com essa cultura, resultando numa “normalização” dessas violências. E mais. Alguns desses países donde as migrantes se originam sequer detêm legislação as protejam em situações de violência doméstica e familiar, e, por tal fato, não estão habituadas com a Lei Maria da Penha.

E como bem revela Duarte e Oliveira (2012) *“o receio de represálias, o sentimento de vergonha, a dependência econômica, o medo de perder os filhos, entre outros aspetos igualmente relevantes, contribuem para que a violência permaneça no espaço familiar e não seja denunciada”*

Daí se depreende que o trajeto a ser percorrido pelas mulheres vítimas de violência é, quase sempre, longo e solitário e no que concerne a mulher migrante, esse trajeto pode ser maior ainda.

No contexto local do Estado de Roraima, verifica-se que a partir de 2015 ocorreu uma intensificação da migração advinda da Venezuela, culminando com forte repercussão nos setores sociais, econômicos, saúde, segurança pública e educação. Migração esta que se acentuou nos últimos anos e carregou consigo de forma consequencial repercussão

também na órbita da violência doméstica tendo como partes, vítimas e agressores venezuelanos.

Como se não bastasse à migração intensa, no ano de 2020 fomos, e ainda estamos assolados pela pandemia do novo coronavírus – COVID 19.

É sabido o aumento da violência contra as mulheres nos tempos de pandemia pelo novo coronavírus principalmente em função do isolamento social. Tanto é assim que Hickman e Lorenzi (2020, p.75) afirmam que “*diminuindo o contato social da vítima com seus familiares e amigos, reduzem-se também as chances dessa vítima mulher, procurar redes de apoio e ajuda, para que consiga sair deste ambiente de violência doméstica*”.

Isto se dá com maior ênfase nas famílias menos favorecidas, que, regra geral, residem em pequenos e aglomerados espaços (no caso das mulheres migrantes no Estado de Roraima, muitas vezes em abrigos coletivos), levando, por consequência a um aumento dos casos de violência e diminuição das denúncias contra os agressores.

Disto posto, percebe-se que a luta pela igualdade de gênero redunde na luta pela emancipação humana, por entender que em ambas as frentes de luta o que está em questão, cientificamente falando, é a dissolução do estranhamento, ou seja, de relações produtivas e sociais pautadas na expropriação, alienação, exploração e dominação.

Entende-se que o enfrentamento dessa situação só se dará através de uma educação que empodere os sujeitos, comprometida na capacitação desses para a problematização da ordem social atual. A intenção não é eximir o Estado de suas responsabilidades, mas capacitar as pessoas, e nessa discussão especificamente as mulheres, para exigir do mesmo e da sociedade em geral a garantia e ampliação de direitos.

## REFERÊNCIAS

CARNOY, Martin. Estado e Teoria política. (equipe de trad. PUCCAMP) 2ª ed. Campinas: Papyrus, 1988. [pp. 19-62]

DUARTE, Madalena e OLIVEIRA, Ana. Mulheres nas margens: a violência doméstica e as mulheres imigrantes. *Sociologia*, Porto, v. 23, p. 223-237, jun. 2012. Disponível em . acessos em 20 jun. 2021.

HICKMANN, Ana Luísa; LORENZI, Amanda Eduarda da Silva. A VIOLÊNCIA DE GÊNERO ENQUANTO UMA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E O CONTEXTO DA COVID 2019. In: RODRIGUES, dos Santos Francilene; PEREIRA, Cunha Mariana; MORAIS, de Isidoro Maria Vângela; STAEVIE, Marcelo Pedro. (Org.). ESTUDOS INTERDISCIPLINARES EM REGIÕES DE FRONTEIRA: MIGRAÇÃO, VIOLÊNCIA E DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE PANDEMIA. Boa Vista: EDUFRR, 2020. p. 68-79.

FERREIRA JÚNIOR, A. P. (2018). GÊNERO E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: UM ESTUDO INTRODUTÓRIO SOBRE O SER DA MULHER E OS PAPÉIS CONSTRUÍDOS EM SOCIEDADE. *Sapere Aude*, 9(17), 309-318. <https://doi.org/10.5752/P.2177-6342.2018v9n17p309-318>.

MEDINA ARJONA, Encarnación. «Ecofeminismo e interculturalidad». En *Feminismo/s*, 34 (diciembre 2019): 199-214. Dossier monográfico: Estado actual de la investigación en Literatura francesa y Género: balance y nuevas perspectivas / État présent de la recherche en Littérature française et Genre: bilan et nouvelles perspectives, coord. Ángeles Sirvent Ramos, DOI: 10.14198/fem.2019.34.09.

PIRES, Juliana Torres. Resenha de Livro “Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva”, de Silvia Federici. *GeoPUC – Revista da Pós-Graduação em Geografia da PUC- Rio Rio de Janeiro*, v. 12, n. 22, p. 210-214, jan.-jun. 2019 ISSN 1983- 3644 Página210. Disponível em: <http://geopuc.geo.pucrio.br/media/RESENHA%20DE%20LIVRO%20%E2%80%9C%20Calib%C3%A3%20e%20a%20bruxa%20mulheres,%20corpo%20e%20acumula%C3%A7%C3%A3o%20primitiva%E2%80%9D.pdf> Acessado em 04/05/2021.

SAFFIOTI, Heleith Iara Bongiovani. *O poder do macho*. São Paulo: Editora Moderna; Coleção Polêmica, 1987.

SILVEIRA, Clara Maria Holanda e COSTA, Renata Gomes da. *Patriarcado e capitalismo: Binômio dominação-exploração nas relações de gênero*. s/d

# CAPÍTULO 6

## LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA PROCESADA EN EL ECUADOR

*Data de aceite: 01/03/2022*

**Paola Aycart Vicenzini Mata**

Universidad Espíritu Santo  
Asamborondón

**María del Pilar Sánchez Ubilla**

Universidad Espíritu Santo  
Asamborondón

**Teresa López Mendoza**

Universidad Espíritu Santo  
Asamborondón

**RESUMEN:** Las agresiones físicas, verbales y psicológicas se conocen como violencia de género, se integraron al Código Orgánico Integral Penal en el 2014 y sus resultados influyen de manera drástica en la sociedad. El propósito de este estudio fue determinar cuál es la responsabilidad penal del sujeto procesal en los tipos de violencia de género en el Ecuador. La muestra del estudio, para determinar cuál ha sido la incidencia y afectación penal sobre la persona procesada, estuvo conformada por los casos de abuso sexual contra la mujer en el 2014. Estos datos fueron expuestos por el Instituto Nacional de Estadística y Censo. Se determinaron siguientes las variables: número de casos que han sido denunciados y los que han sido sancionados. Los hallazgos revelan que la creación de instancias como comisarías de la mujer y familia generaron un mayor número de denuncias. Aunque el número de denuncias ha aumentado, este no revela un porcentaje

real de la situación actual debido a la falta de conocimiento de la sociedad sobre este delito, sus causas y su sanción. Se sigue reflejando un alto índice de impunidad por las múltiples trabas sociales y la presión social.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia de género, mujeres, agresiones físicas, Ecuador.

**ABSTRACT:** The physical, verbal and psychological aggressions are known as a violence of gender, they were added to “Código Orgánico Integral Penal” in 2014 their results got a drastic influence in society. The purpose of this study was to determine which the penal responsibility of the trial is when it comes to the violence of gender in Ecuador. The outcome of the study, to determine what has been the incidence and penal charge of the accused subject, it consisted in cases of sexual abuse against women in 2014. These data were exposed by the “Instituto Nacional de Estadística y Censo”. The following variables were determined: The number of cases that have been reported and the ones that were charged against. The findings reveal that the creations of institutions like women’s and family’s stations generated a bigger number of charges. Although the number of denunciations has increased, it hasn’t revealed the real percentage of the actual situation since there is a lack of knowledge in society about this type of crime, its causes and its charges. It is still reflecting a high impunity for the multiples social pressure and obstacles.

**KEYWORDS:** Gender violence, women, psysical aggression, Ecuador.

## INTRODUCCIÓN

Los problemas enmarcados en los países tercermundistas incluyen delitos a la propiedad y a las personas en relación a la violencia común o social. La violencia de género se encuentra entre estos, este es un problema que se presenta en el Ecuador desde sus principios (Carneiro, 2014). La necesidad de su tipificación generó la formación de movimientos de mujeres. El movimiento feminista hizo posible el cuestionamiento de instituciones y leyes vigentes hacia nuevos discursos y prácticas sociales (López Vásquez, 2015).

Asimismo, uno de sus efectos específicos en la década de los noventa fue que el Ecuador se “suscriba y se adhiera a Convenciones, Acuerdos y Resoluciones emanadas de las Conferencias internacionales, para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres en todas sus formas” (Segura Guerrero, 2014). Esto constituye un avance para la tipificación de leyes sobre la violencia de género de la mujer en la legislación ecuatoriana.

El estudio sobre la responsabilidad penal de la persona procesada en el Ecuador en relación a los tipos penales sobre la violencia de género es de suma importancia porque este problema afecta a todas las mujeres sin distinción. Las damas que son maltratadas no corresponden a ningún perfil específico y pueden ser de cualquier edad, clase económica, o con cualquier nivel de educación (Bosch-Fiol & Victoria A., 2012).

Al ser la violencia de género un problema actual se crearon leyes en relación a este tema, con sanciones que se incluyen en el Código Orgánico Integral Penal COIP que entraron en vigencia en el 2014. Esta nueva normativa causó un impacto en la sociedad que afecta al ámbito legal y social. El objetivo de este estudio es determinar la responsabilidad penal del sujeto procesal en los tipos de violencia de género en el Ecuador y la pregunta de investigación que se formuló es la siguiente: ¿Cuál es la responsabilidad penal del sujeto procesal en los tipos de violencia de género en el Ecuador?

## FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

La violencia de género es cualquier acto de violencia que resulte o pueda tener un daño físico, sexual o psicológico para la mujer. Asimismo, cualquier tipo de fuerza impuesta o privación de libertad arbitraria (Organización Mundial de la Salud, 2016). El género es un conjunto de ideas sociales, culturales y psicológicas que se han construido a lo largo del tiempo a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer (Batres & Claramunt, 1993, p. 35). Entonces, la violencia de género tiene como objetivo disminuir a la mujer o mantenerla subordinada al género masculino. La sociedad, al crear diferencias tan marcadas entre los sexos, es cómplice de darle privilegio a las conductas masculinas que imponen el poder para lograr la sumisión (Picerno Torres & Correa Balseca, s. f.).

Igualmente, la violencia de género entre los miembros del núcleo familiar afecta a muchas mujeres a nivel mundial, no solo en el Ecuador. Este es un reflejo de la estructura

social que existe y como está organizada la vida en comunidad, la misma que se basa en actitudes misóginas (Verdugo Araujo, 2015). La sociedad debe reconocer que la violencia de género afecta a todas las mujeres latinoamericanas sin distinción de clases sociales y la mayoría son maltratadas por sus parejas (Delgado Rivera, 2014).

Al analizar la violencia de género en el Ecuador, se evidencia la necesidad de una responsabilidad para los sujetos procesales que son los encargados de realizar estos tipos penales en contra de la mujer o demás miembros del núcleo familiar. Por lo tanto, debe existir la imposición de una pena para que exista un efecto en los ciudadanos. El mismo no debe causar miedo, sino más bien prevenir la ejecución de estos actos de violencia (Olivecrona, 1992, p. 37). La imposición de una pena o imputar penalmente a un sujeto procesal consiste en crear tranquilidad en la sociedad al demostrar que existe una norma que regula el problema, crea confianza y un ambiente de protección (Vigazzola, 1999, p. 50).

En Ecuador, hasta el 2012, no existían datos oficiales sobre la violencia intrafamiliar y de género que recibían las mujeres (Montalvo Gómez de la Torre, 2014). La encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos demostró que 6 de cada 10 mujeres ecuatorianas, mayores de 15 años, han sufrido violencia física, psicológica, sexual o patrimonial proveniente de una persona conocida o extraña (Quintana, et al., 2014), La violencia de género constituye un problema porque la diferencia biológica de sexos se ha transformado en una desigualdad en jerarquías (Grossman, 2013, pp. 58-60).

Los datos de las encuestas demuestran que en el Ecuador existe una desigualdad sistemática, una brecha que se ha incrementado en los ámbitos sociales, económicos, políticos por los estereotipos que son difíciles de modificar (Armas Moyano, 2014). Además, se evidencia que existe ejecución de violencia física como psicológica (Cantera & Blanch, 2010), por esta razón ambas están reguladas en el COIP, junto con la violencia sexual.

El COIP impone penas contra la violencia física cuando la persona causa lesiones contra la mujer o cualquier miembro del núcleo familiar. También se encuentra regulada la violencia psicológica, esta se refiere a la persona que cause perjuicio en la salud mental con actos de amenazas o perturbaciones, la pena va desde treinta días hasta tres años (Asamblea Legislativa, 2014). El Ecuador igualmente cuenta con un delito exclusivo para proteger a la mujer, el femicidio, que en promedio son mujeres de 30 años de edad y su victimario es la pareja o su ex pareja (Carvajal Naranjo & Vera Platón, 2014).

El femicidio es un crimen de odio que se ejecuta en contra de las mujeres (Robalino Toro N. E., 2014, p. 22). Este es uno de los pocos delitos que son predecibles, es decir, que pueden ser evitados porque la mayoría de las víctimas antes de ser asesinadas han sido violentadas física, sexual o psicológicamente (Carvajal Naranjo & Vera Platón, 2014). Al analizar la responsabilidad penal de la persona que violenta a la mujer y crear conciencia de este problema se puede pensar que en un futuro se alcanzará la igualdad de género. La misma es el resultado de un proceso social, económico, político y cultural donde la sociedad

tiene la capacidad de elegir un nuevo estilo de vida por medio del reconocimiento de la capacidad de ambos géneros para fomentar la autenticidad y al autoexpresión (Guzmán Barcos & Montaña Virreira, 2012).

## METODOLOGÍA

Para determinar la incidencia y la afectación penal sobre la persona procesada en los diferentes tipos de violencia de género en Ecuador, se consideró el número de casos de abuso sexual contra la mujer en el año 2014. Además, la tipificación de la conducta antijurídica realizada por el sujeto procesal.

El estudio es descriptivo, señala y evidencia la manera en que la violencia de género ha afectado en el ámbito penal del Ecuador, como consecuencia se crean leyes en favor de la mujer, por tanto es necesario conocer cuál es la responsabilidad penal de la persona procesada en estos casos.

Se utilizó e enfoque cualitativo para saber cuál es el nivel de información que tienen los hombres y mujeres acerca de esa responsabilidad penal y de los tipos existentes. Las variables más importantes fueron: el número de casos denunciados y de aquellos que fueron sancionados del total de casos de abuso sexual contra la mujer.

Los datos se tomaron de la Encuesta Nacional sobre relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres que realizó, en el 2014, el Instituto Nacional para la Igualdad de Género, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), el Ministerio del Interior y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). Las encuestas fueron personales y de forma escrita. Se presentaron 557.270 casos de abuso sexual contra la mujer (Quintana, et al., 2014).

## Resultados

Autor y Año	Título	Variabes
(Ministerio del Interior Ecuador, 2014)	54% de casos de muertes violentas en mujeres fueron femicidio.	Números de casos, sus causales.
(Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades. España, 2014)	Personas enjuiciadas y condenadas por violencia sobre la mujer según nacionalidad	Personas enjuiciadas y condenadas por violencia.
(Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2014)	Femicidio, la consecuencia más grave y extrema de la violencia contra la mujer.	Porcentaje de mujeres violentadas, específicamente femicidio.
(Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades. España, 2014)	Denuncias por violencia de género según origen	Número de casos que fueron denunciados y quien fue el accionante.

(Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades. España, 2014)	Delitos contra la libertad sexual. Detenciones e imputaciones	Número de casos de agresión sexual con penetración
(Quintana, et al., 2014)	Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las mujeres.	Casos denunciados y sancionados

Tabla 1: Bibliografías analizadas

De acuerdo a la encuesta, en el Ecuador, las mujeres han comenzado a tomar conciencia sobre que la violencia que ejercen sus pareja sobre ellas. Es importante mencionar que el Código Orgánico Integral Penal (COIP) tipifica estos delitos, pero esto no significa que las mujeres que sufren violencia recurran a la denuncia o busquen una sanción para los culpables, sino muchas que ellas evitan que la violencia salga a la luz.

Aunque los registros, sobre las mujeres que denuncian violencia en las comisarías especializadas, demuestran que ha existido un crecimiento constante del número de mujeres que se acercan a denunciar. Aún es bajo el porcentaje de mujeres que eligen la vía legal para la resolución del conflicto. De acuerdo con la encuesta, solo el 20,6% del total de mujeres violentadas, por parte de su actual pareja (casada, unida y soltera) o de su anterior pareja (viuda, separado, divorciada y soltera), ha acudido a una instancia de justicia o de protección, con fines de pedir información o ayuda o para denunciar la violencia.

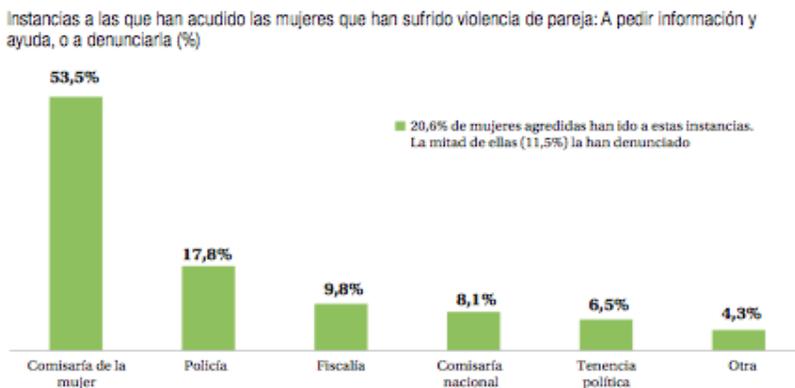


Figura 1: Lugares donde se denuncia la violencia de género.

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, Encuestas de relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres. (Quintana, et al., 2014)

Es importante destacar que más de la mitad de las mujeres que han acudido a alguna instancia de justicia, el 54% se ha acercado a las Comisarías de la mujer y la Familia, lo que demuestra que estos espacios, que son especializados, han sido un referente importante

para las mujeres al momento de denunciar. Pero, no solo se acercan a denunciar las agresiones, sino que también solicitan información para obtener medidas de protección, o para detener el comportamiento violento de sus parejas. Asimismo, acuden para conseguir apoyo legal o psicológico.

Como se mencionó, una de cada 10 mujeres agredidas, es decir el 11,5% ha presentado una denuncia. De ellas, solo dos que representan el 20% han continuado con el proceso judicial, de las cuales únicamente una indica que hubo sanción para el agresor. Esto significa que del total de casos denunciados, solo el 10% culmina con una sentencia condenatoria, y que solo el 1% de los hombres que han violentado a su pareja reciben una sanción legal, esto demuestra que los casos de violencia de género contra la mujer aún presentan un índice de impunidad alto.

Son muy pocas las mujeres que deciden poner una denuncia formal por la violación o imposiciones sexuales que vivieron, pues apenas el 10,8% de ellas lo hicieron. El bajo porcentaje de víctimas que acudieron a la justicia se debe a diferentes factores, como por ejemplo, que las agresiones fueron ejecutadas por familiares, amigos o conocidos. Asimismo, las mujeres temen la sanción social que se les impone a las víctimas de violaciones. Otra causa fundamental es que al analizar el alto índice de impunidad las mujeres han dejado de confiar en el sistema judicial.

Número y porcentaje de mujeres que denunciaron el sexo forzado o violación y sus resultados		
¿Realizó una denuncia?		
	Número	Porcentaje
Si	39.070	10,8%
No	323.198	89,2%
<b>Total</b>	<b>362.268</b>	<b>100,0%</b>
¿Continuó con el juicio o trámite?		
Si	10.456	26,8%
No	28.613	73,2%
<b>Total</b>	<b>39.069</b>	<b>100,0%</b>
¿Hubo sanción para el o los responsables?		
Si	6.915	66,1%
No	3.541	33,9%
<b>Total</b>	<b>10.456</b>	<b>100,0%</b>



Tabla 2: Número y porcentaje de mujeres que denunciaron

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, Encuestas de relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres. (Quintana, et al., 2014)

Los datos demuestran que de ese 10,8% que interpuso una denuncia, menos de la tercera parte (26,8%) continuó con todo el proceso judicial. De entre quienes siguieron todo el proceso, se determina que sólo 2 de 3 de mujeres violadas (66,1%) lograron que se sancione a los perpetradores. En resumen, esto significa que del total de casos de violación o de relaciones sexuales forzadas (362.268) solamente el 1,9% de los perpetradores (6.915) tuvieron alguna sanción.

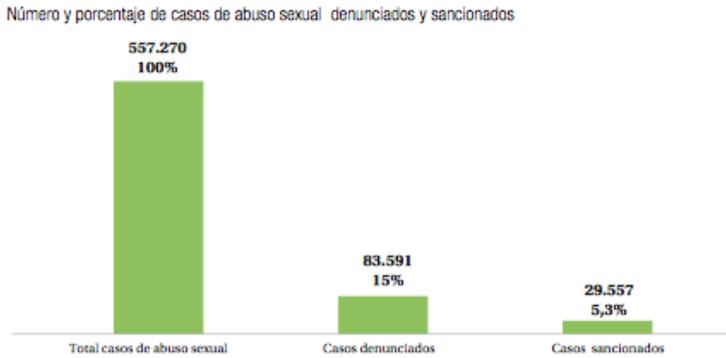


Figura 2: Número y porcentaje de denuncias y sanciones

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, encuestas de relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres. (Quintana, et al., 2014)

## ESTADÍSTICAS DE FEMICIDIO EN EL 2014

En el 2014 se contabilizaron 1303 muertes violentas de enero a diciembre. De esta cifra, 179 fueron mujeres, 97 de esos casos (54%) se determinaron como femicidio. Las motivaciones que generan este tipo de asesinatos son: motivo pasionales (55 casos), violencia intrafamiliar (33), sexual (2), no determinada (3), venganza (2), robo (1) y por violencia interpersonal (1), (Ministerio del Interior Ecuador, 2014).

	España	Ecuador
<b>Enjuiciados</b>	19093	83591
<b>Condenados</b>	14313	29557

Tabla 3: Comparación con España en casos enjuiciados y condenados.

Fuentes: Con sustento en: (Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades. España, 2014)

En el 2014, en España se enjuiciaron a 19,093 personas por violencia sobre la mujer, de las cuales solo se condenaron 14,313 personas, es decir, el 74,96% de los enjuiciados. Entre los enjuiciados se encontraban hombres y mujeres. Las mujeres enjuiciadas llegaban en porcentaje al 0.01% siendo 209 del total de enjuiciadas. Por lo tanto, los hombres cubrían el 99% siendo 18884 personas. En comparación con el Ecuador, de una totalidad de 557,270 de agredidas, denunciaron únicamente 83,491 y tuvieron una sanción solo el 29,557 de las personas procesadas.

## CONCLUSIÓN

Se evidencia a través los resultados analizados, cómo la falta de datos limita la

investigación sobre la violencia de género y la responsabilidad penal de la persona procesada. Si se comparan los datos recogidos en el Ecuador con los de España, se observa la escasez de recursos informativos y jurídicos. En España el 75% de las personas enjuiciadas fueron condenadas y en Ecuador solamente se sanciona al 35%. Del total de casos existentes sólo el 5% son condenados, porque muy pocos son denunciados, esto refleja falta de confianza en el sistema jurídico del Ecuador por parte de la sociedad.

Por esta razón, se recomienda que se realicen campañas de prevención sobre la violencia hacia las mujeres y enfatice la importancia y trascendencia de poner la denuncia. Asimismo, hay que considerar que las leyes que sancionan estos delitos se implementaron en el 2014, entonces existe dificultad en el proceso de denuncia.

De la misma forma, los datos proporcionados por la Fiscalía del Ecuador no son específicos, ni detallados, menos desglosados. Estos datos no incluyen ningún tipo de división, por ejemplo: la persona que denuncia, quien maltrata, en que año ocurrieron estas violaciones a la mujer. Los datos del estudio se extrajeron de las fuentes detalladas en la tabla No. 1, cabe indicar que la Fiscalía debería proporcionar las estadísticas como en España.

Los datos examinados no muestran la situación total del país, solo son estimaciones, muchos de los delitos cometidos no se denuncian. De los casos que se denuncian muy pocos son condenados haciendo difícil tener una idea clara de cuál es la eficacia de la Fiscalía en la resolución de los casos.

Sin importar cuál sea el objetivo por las que las mujeres acuden a las distintas instancias, todas tienen un solo fin: buscar justicia. Es importante mencionar que esta justicia no siempre se encuentra con términos formales como se ha demostrado en los datos analizados. El alto índice de impunidad hacia los hombres que agreden a las mujeres ocurre debido a las múltiples trabas judiciales existentes y la presión social que afecta a las mujeres agredidas.

Por esta razón, es importante crear conciencia desde las instituciones educativas y medios los de comunicación y continuar con el proceso de reforma de justicia que ya existe en el Ecuador. Asimismo, se deben crear más juzgados donde se atiendan los delitos contra la violencia a la mujer para agilizar el proceso judicial, de manera que las víctimas o las denunciadas, que son más del 60,6% de la población femenina del país, tengan un acceso más eficiente a la justicia.

## REFERENCIAS

Armas Moyano, A. A. (2014). *Elaboración de un listado de acciones concretas para contrarrestar el impacto negativo de la violencia contra las mujeres en la provincia de Pichincha – Ecuador*. Universidad Pompeu Fabra, Políticas Públicas y Sociales. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra.

Asamblea Legislativa. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador: Registro Oficial.

Batres, G., & Claramunt, C. (1993). *La violencia contra la mujer en la familia Costarricense*. San José, Costa Rica: San José.

Bosch-Fiol, E., & Victoria A., F.-P. (2012). Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI. *Psicothema*, 24(4), 5550.

Cantera, L. M., & Blanch, J. M. (Junio de 2010). Percepción Social de la Violencia en la Pareja desde los Estereotipos de Género. *Scielo*, 19(2), 124.

Carneiro, S. (2014). *Ennegrecer el femicidio*. Universidad Nacional de Colombia . Bivipas.

Carvajal Naranjo, J. E., & Vera Platón, C. A. (2014). *Documental periodístico sobre el Femicidio, su reciente tipificación legal y el impacto de este delito dentro de las familias guayaquileñas*. Escuela Superior Politécnica del Litoral, Escuela de Diseño y Comunicación Visual. Guayaquil: Escuela Superior Politécnica del Litoral. Obtenido de Documental periodístico sobre el Femicidio, su reciente tipificación legal y el impacto de este delito dentro de las familias guayaquileñas.

Delgado Rivera, G. P. (2014). *La violencia física en mujeres y sus consecuencias psicológicas en la Unidad Judicial Segunda de violencia contra la mujer y la familia 2013*. Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Facultad de Derecho. Manabí: Repositorio digital ULEAM.

Grossman, C. (2013). *Violencia en la familia. La relación de pareja*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Guzman Barcos, V., & Montano Virreira, S. (2012). *Políticas públicas e institucionalidad de género en América Latina (1985-2010)*. Division de Asuntos de Genero . Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades. España. (2014). *Violencia*. Obtenido de Instituto de la Mujer y para la igualdad de oportunidades: <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=10>

López Vasconez, L. E. (2015). *Políticas Públicas de protección de derechos en casos de VIF-G en el DMQ*. Universidad Politecnica Salesiana, Gestion Local Sostenible. Quito: Universidad Politécnica Salesiana.

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (2014). *Femicidio, la consecuencia más grave y extrema de la violencia contra la mujer*. Obtenido de Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos: Femicidio, la consecuencia más grave y extrema de la violencia contra la mujer

Ministerio del Interior Ecuador. (2014). *2014: 54% de casos de muertes violentas en mujeres fueron femicidio*. Obtenido de Ministerio del Interior: <http://www.ministeriointerior.gob.ec/2014-54-de-casos-de-muertes-violentas-en-mujeres-fueron-femicidios/>

Montalvo Gomez de la Torre, E. P. (2014). *Los Derechos Humanos referidos a la mujer en el sistema internacional: Procesos de internalización en el caso del Ecuador 2005-2012*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Ciencias Humanas. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Montalvo Gomez de la Torre, E. P. (2014). *Los Derechos Humanos referidos a la mujer en el sistema internaconal: Procesos de iternalizacion en el caso del Ecuador 2005-2012*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Ciencias Humanas. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Olivecrona, K. (1992). *Lenguaje jurídico y realidad*. México: Editorial Fontamarrá.

Organización Mundial de la Salud. (2016). *Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer*. Nota descriptiva, Centro de prensa.

Picerno Torres, P. W., & Correa Balseca, D. V. (s. f.). *Mujeres embarazadas y violencia de género*. Universidad Central del Ecuador. Quito: UCE.

Quintana, Y., Rosero Moncayo, J., Pimental, J. L., Pimental Bolanos, J. L., Camacho Zambrano, G., Larrea, C. M., & Mendoza, C. (2014). *La violencia de género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*. Unicef, Información estratégica y Generación de Conocimientos. Quito: El Telégrafo.

Robalino Toro, N. E. (2014). *Necesidad de incorporar en el régimen penal ecuatoriano el delito de femicidio, como violencia de género extrema hacia las mujeres*. Universidad Nacional de Loja, Derecho. Loja: Universidad Nacional de Loja.

Robalino Toro, N. E. (2014). *Necesidad de incorporar en el régimen penal ecuatoriano el delito de femicidio, como violencia de género extrema hacia las mujeres*. Universidad Nacional de Loja, Derecho. Loja: Universidad Nacional de Loja.

Segura Guerrero, M. (2014). *El femicidio en el Ecuador como un fenómeno social que atenta contra la integridad y estabilidad familiar*. Universidad Técnica de Ambato, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Ambato: Universidad Técnica de Ambato.

Verdugo Araujo, C. (2015). *Violencia de género intrafamiliar para el centro ecuatoriano para la promoción y acción de la mujer*. Universidad Politécnica salesiana, Comunicación social. Quito: Universidad Politécnica Salesiana.

Vigazzola, P. (1999). *Teoría de derecho procesal y penal*. Mendoza: Editorial Jurisprudencia de Mendoza.

# CAPÍTULO 7

## A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS INSTAURADAS SOB O MESMO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COMO CAMINHO PARA MINORAR OS RISCOS DO BIS IN IDEM

Data de aceite: 01/03/2022

### Jean Colbert Dias

Doutorando e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogado, Professor de Direito Penal e Prática Profissional da UNICESUMAR – Campus de Curitiba - PR. Professor de Pós-Graduação *Lato Sensu* Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA  
<https://orcid.org/0000-0001-7266-3442>  
<http://lattes.cnpq.br/7136354849346205>

### Anderson Ferreira

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Advogado  
<https://orcid.org/0000-0002-0803-6361>  
<http://lattes.cnpq.br/0176024804439905>

**RESUMO:** O estudo investiga o campo de incidência do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador. Valendo-se do método dedutivo, partindo da premissa da existência de um macrossistema punitivo e sua necessária coerência. No estado da arte evidenciou-se uma nova vertente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, permitindo edificar-se uma nova premissa e o questionamento sobre a possibilidade de suspensão das múltiplas medidas sancionatórias instauradas sob o mesmo contexto fático-probatório quando houver simultâneo escrutínio criminal de idêntico acervo, com a finalidade de para minorar os riscos da ocorrência do bis in idem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal; Direito Administrativo Sancionador; Bis in idem; Processo; Suspensão.

THE POSSIBILITY OF SUSPENSION OF MULTIPLE SANCTIONING MEASURES INTRODUCED UNDER THE SAME FACTICAL-EVIDENCE CONTEXT AS A WAY TO MITIGATE BIS IN IDEM'S RISKS

**ABSTRACT:** The study investigates the scope of Criminal Law and Sanctioning Administrative Law. Using the deductive method, starting from the premise of the existence of a punitive macrosystem and its necessary coherence. In the state of the art, a new aspect of the Federal Supreme Court on the subject was evidenced, allowing a new premise and questioning about the possibility of suspending the multiple sanctioning measures instituted under the same factual and evidential context when there is simultaneous criminal scrutiny. of identical collection, in order to reduce the risks of the occurrence of bis in idem.

**KEYWORDS:** Criminal Law; Sanctioning Administrative Law; Bis in idem; Process; Suspension.

## 1 | INTRODUÇÃO

Este artigo contempla estudo de casos concretos que foram objeto de apuração, de forma concomitante, na esfera criminal e na seara do Direito Administrativo Sancionador, tanto por intermédio de ação de improbidade administrativa quanto através de processo administrativo de tomada de contas perante o

Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Empregou-se nesta investigação o método dedutivo, partindo-se da premissa da existência de um macrossistema punitivo estruturado no ideal inquebrantável da inviabilidade da dupla incidência punitiva pelo mesmo fato, em respeito ao princípio *ne bis in idem*.

O estudo contempla breves considerações sobre a estruturação do macrossistema punitivo emoldurado na ideia de sobressalência do Direito Penal em detrimento das demais esferas punitivas, em especial para limitar o alcance do Direito Administrativo Sancionador, além das hipóteses elencadas na legislação vigente, a exemplo do art. 65 e 66 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O estudo de casos específicos permitiu concluir que há um evidente conflito de atuação das esferas de controle externo da Administração Pública, que permitem a múltipla instauração de processos judiciais e administrativos em razão de idênticos fatos.

Ainda, averiguou-se que a multiplicidade de procedimentos de controle do ato administrativo permitem a aplicação de sanções cumulativas, além de ficar comprovado o desalinhamento entre as esferas controladoras, culminando com a produção de decisões completamente incongruentes sobre o mesmo objeto investigado, como se cada uma delas fosse completamente independente, numa clara negativa à existência de um macrossistema punitivo que rechaça a possibilidade do *bis in idem*.

Por conseguinte, pretende-se analisar, mesmo nesta exígua pesquisa, aspectos sobre a viabilidade de apuração do mesmo fato ilícito na senda criminal e na seara do Direito Administrativo Sancionador, entretanto, analisando-se sob o aspecto da impossibilidade de acumulação de sanções da mesma espécie, o que também ofende o princípio *ne bis in idem*.

Em suma, propõe-se não só a limitação do campo de atuação das esferas de controle externo da Administração Pública, em respeito ao macrossistema punitivo estruturado constitucionalmente, que está reforçado pela aderência brasileira à Convenção Americana sobre Direitos Humanos; ainda, amparado em premissas oriundas de Tratados Internacionais sobre o tema e decisões proferidas pela Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

Em vista das proposições acima elencadas, este estudo objetiva apresentar um esboço sobre o macrossistema punitivo brasileiro, usando como parâmetro recentes decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais do país para, experimentalmente, defender a tese da impossibilidade de acumulação de sanções pelo mesmo fato (*ne bis in idem*), além analisar a possibilidade de criação de mecanismos jurídicos que impeçam a instauração de apurações simultâneas e paralelas em face da mesma pessoa, baseadas no mesmo contexto fático-probatório.

Após ampla investigação do estado da arte sobre o tema, ficou evidenciado que grande parte da doutrina e jurisprudência pregam uma ampla autonomia das esferas

sancionatórias, sendo raro provimento judiciais que determinam a suspensão de medidas investigativas que também estão sendo objeto de apuração na senda criminal.

Por outro lado, começa a tomar espaço uma linha doutrinária que prega a independência mitigada das esferas sancionatórias, cujos estudos embasaram recente Acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, por isso, construiu-se a partir dessa nova premissa a seguinte situação problema: é possível a suspensão das múltiplas medidas sancionatórias instauradas sob o mesmo contexto fático-probatório quando houver apuração simultânea na esfera criminal, como caminho para minorar os riscos da ocorrência do *bis in idem*?

Diante desse arcabouço teórico que este estudo embrenhou-se na busca de casos concretos que pudessem demonstrar os efetivos riscos do *bis in idem* e da produção de decisões sancionatórias conflitantes.

## 2 | LEADING CASE

Esta pesquisa estruturou-se em investigação legislativa, doutrinária e jurisprudencial, alinhando estes estudos com situações reais de conflito hermenêutico entre as esferas de controle externo dos atos administrativos, buscando alguns casos pontuais para demonstrar o desalinho havido na interpretação de situações concretas que apresentam identidade fático-probatória.

E mais, logrou-se êxito na identificação um *leading case* onde a mesma pessoa foi demanda, por idênticos fatos, na esfera criminal, através de ação de improbidade administrativa, mediante tomada de contas pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná e, por fim, a decisão da Corte de Contas foi levada ao cotejo da Justiça Eleitoral para fins de impugnação do registro de candidatura desta pessoa no pleito eleitoral de 2020.

Resumidamente, os fatos objeto das múltiplas esferas sancionadoras referiam-se à apuração da legalidade ou não do recebimento de diárias ressarcitórias por um vereador, as quais tinham previsão expressa em Resolução da Câmara Municipal de Guaratuba (PARANÁ, 2014), cidade localizada no Estado do Paraná.

A centralidade de todas as discussões nas esferas sancionatórias giravam em torno da legalidade ou ilegalidade do recebimento destas diárias, ainda, apurava-se paralelamente se os valores percebidos pelo vereador seriam adequados, no sentido de estar dentro da razoabilidade para cobrir as despesas efetuadas e o respectivo ressarcimento; ainda, imiscuiu-se perante o Tribunal de Contas se as referidas despesas demandariam prestação de contas pormenorizada ou se os valores deveriam ser percebidos de forma global adotando o critério de ressarcimento previsto na legislação respectiva, que era por estimativa.

A dinâmica estabelecida na supracitada Resolução da Câmara Municipal adotou como critério de ressarcimento a distância percorrida de ida e volta ao destino das viagens

realizadas, fixando valores determinados em razão da quilometragem deslocada.

Após a instrução do processo administrativo perante a Corte Contas Estadual, sobreveio decisão inquirindo de ilegal a conduta deste vereador do referido Município, cujas decisões repetiram-se em relação a outros edis da mesma cidade, cujo Acórdão está assim ementado:

Tomada de contas extraordinária. Pagamento irregular de diárias. Pagamento integral de diárias, quando o retorno se deu no mesmo dia; pagamento de diárias em número superior ao do período de afastamento; pagamento de diárias em descompasso com o critério de distância fixado em ato normativo. Irregularidade das contas, com condenação à restituição de valores e multa proporcional ao dano e recomendação. (PARANÁ, TCE-PR, 2017)

A decisão acima reproduzida considerou ilegal a forma de concessão de diárias ressarcitórias, determinando que o vereador devolvesse aos cofres públicos parte dos valores percebidos a títulos de diárias de viagem, ainda, recomendou a inscrição do nome do autor dos fatos no rol de pessoas com contas reprovadas por supostos atos ímprobos, ou seja, a referida decisão afetaria em tese também os direitos políticos do vereador, retirando-lhe, caso acolhida eventual ação de impugnação de registro de candidatura pela Justiça Eleitoral, os requisitos de elegibilidade por violação à Lei Complementar nº. 64/90 (BRASI 1990).

É crucial informar que o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, após o esgotamento das insurgências administrativas, encaminhou ao Ministério Público Estadual cópia do processo administrativo objeto deste estudo para eventuais providências.

Ficou evidente que a atuação do Ministério Público deu-se após comunicação do Tribunal de Contas do Estado sobre a adoção de medidas administrativas oriundas de tomada de contas em relação aos gastos efetuados pela Câmara Municipal num determinado período, que redundaram na condenação de vereadores ao recolhimento de multas e à devolução de valores percebidos a título de diárias.

Por isso, como objeto desta pesquisa também foram cotejadas duas ações judiciais que foram propostas concomitantemente, uma ação penal tipificando a conduta do autor do fato no crime previsto no artigo 312 do Código Penal (BRASIL, 1940), e outra ação de improbidade administrativa por suposta infringência aos artigos 9, 10 e 11 da Lei nº. 8.429/92 (BRASIL, 1992), pois segundo a dicção do Ministério Público teria havido enriquecimento ilícito, dano ao erário e atentado contra os princípios da administração pública.

Passo seguinte, na esfera criminal houve o proferimento de decisão de primeiro grau que foi posteriormente confirmada em sede recursal perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, rechaçando a tese acusatória haja vista o reconhecimento que o fato não constituía infração penal, pois as diárias teriam sido concedidas dentro da dinâmica prevista na Resolução da Câmara Municipal, aplicando o disposto no art. 386, III do Código de Processo Penal.

O Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná está assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO (ARTIGO 312 DO CÓDIGO PENAL) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO DA DEFESA PARA ALTERAR A FUNDAMENTAÇÃO DA ABSOLVIÇÃO – NÃO CONHECIMENTO – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – RECURSO MINISTERIAL – PLEITO CONDENATÓRIO – NÃO ACOLHIMENTO - REDAÇÕES DAS RESOLUÇÕES DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARATUBA QUE É DÚBIA E GENÉRICA EM RELAÇÃO À OBRIGATORIEDADE DE PERNOITE PARA PAGAMENTO DAS DIÁRIAS – RECURSO DA DEFESA NÃO CONHECIDO E RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (PARANÁ, TJPR, 2020)

Nesta decisão ficou pontualmente reconhecido que as diárias ressarcitórias foram percebidas na forma preconizada pela legislação municipal vigente à época, ou seja, os motivos ensejadores da absolvição criminal chocaram frontalmente com os argumentos expendidos pela Corte de Contas.

A referida absolvição criminal não encaixa-se nas hipóteses expressamente elencadas nos artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal, mas cristalizou provimento judicial acerca da legalidade da conduta do autor e também da ausência de prejuízo ao erário público.

Por conseguinte, na mesma linha trilhada pelo juízo criminal rumou a decisão proferida nos autos de ação de improbidade administrativa, cuja decisão também passou pela Corte de Justiça paranaense reconhecendo-se a improcedência desta ação, que ficou assim ementada:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. CÂMARA MUNICIPAL DE GUARATUBA. VEREADOR. DIÁRIAS PARA RESSARCIMENTO DE VIAGENS. APELO 1 (MINISTÉRIO PÚBLICO). PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DAS PENAS DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. REJEIÇÃO. RECEBIMENTO DA DIÁRIA EM CONFORMIDADE COM O ATO NORMATIVO DA CÂMARA MUNICIPAL. ABSOLVIÇÃO QUE IMPLICA NO AFASTAMENTO DAS SANÇÕES E DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. APELO 2 (LAUDI CARLOS DE SANTI). ERROR IN JUDICANDO. EQUÍVOCO MATERIAL NO FORMULÁRIO DE CONCESSÃO DE DIÁRIAS. RESSARCIMENTO DE VIAGEM COM BASE EM VALOR CORRETO TENDO EM VISTA O CRITÉRIO DA DISTÂNCIA. ERRO NA AVALIAÇÃO DA PROVA PELA JUÍZA A QUO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. ABSOLVIÇÃO COM O AFASTAMENTO DAS PENALIDADES APLICADAS. APELO 1 DESPROVIDO E APELO 2 PROVIDO. (PARANÁ, TJPR, 2020)

Como fundamento à rejeição da tese ímproba foram amealhados similares argumentos sobre a legalidade do ato do vereador, pois as diárias percebidas por ele estavam em conformidade com o ato normativo da Câmara Municipal, além disso, atendia o critério de distância como modulador do ressarcimento, ainda, asseverou a comprovação da ausência de dano ao erário público.

Por outro lado, mesmo o edil tendo obtido decisões absolutórias tanto na ação

penal quanto na ação de improbidade administrativa, restou intacta a decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, cujo conteúdo fático-probatório possui similaridade ímpar com aqueles tratados duplamente na esfera judicial.

Como não houve até o findar desta pesquisa a proposição de nenhuma ação desconstitutiva em face do Acórdão proferido pelo Tribunal de Contas, verificou-se que a referida condenação está sendo executada perante o juízo da Vara de Fazenda Pública competente.

Constatou-se também que no ano de 2020 houve o registro de candidatura à vereador da pessoa que sofreu este triplo escrutínio pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Sancionador, culminando com a propositura de ação impugnação do seu registro de candidatura, cuja ação estava ancorada exatamente na rejeição de suas contas perante o Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Ato seguinte, a Justiça Eleitoral, levando em conta a dupla absolvição judicial alcançada pelo referido candidato, rechaçado a decisão da Corte de Contas, que em tese alinhavava-se ao disposto no art. 1º, I, “g” da Lei Complementar nº. 64/90, acolheu o registro de candidatura requerido, contudo, estes fatos foram amplamente propalados pela imprensa e mídias sociais antes e durante o pleito eleitoral, quedando na redução drásticas dos votos obtidos por esta pessoa, tendo como referência os pleitos anteriores que logrou eleger-se vereador pelo Município de Guaratuba.

Portanto, estes são os elementos factuais que sustentaram a presente pesquisa, ficando hialinamente demonstrado que o mesmo fato, com idêntico arcabouço probatório, sofreu o escrutínio direto por três esferas sancionatórias, além da apreciação dos idênticos elementos pela Justiça Eleitoral; por isso, o próximo tópico tratará do macrossistema punitivo brasileiro e seus fundamentos teóricos como caminho para atingir a centralidade do tema em voga.

### **3 | O MACROSSISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO**

Diante do caso concreto acima proposto, é crucial estruturar a premissa maior deste estudo na ideia de que existe um macrossistema punitivo ancorado na Constituição Federal, nas Convenções Internacionais que o Brasil é signatário que propugnam o respeito ao Princípio universal *ne bis in idem*.

Recentemente este autor (DIAS, 2021) submeteu ao escrutínio público o artigo intitulado “*O Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador como peças do macrossistema punitivo e a rejeição ao bis in idem*”, que analisou a garantia assegurada a todo homem de não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato, apontando importantes lacunas no que atine à irradiação dos efeitos da sentença criminal absolutória para as outras esferas do direito, especialmente a do Direito Administrativo Sancionador.

Destacou-se na pesquisa supracitada que o Brasil é signatário da Convenção

Americana sobre Direitos Humanos, que assinala em seu art. 8º, item 4 (COSTA RICA, 1969), que: *“O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”*.

O referido estudo também pautou-se no Protocolo nº. 7 da Convenção para a Proteção do Homem e das Liberdades Fundamentais de Estrasburgo de 1984, que garante que ninguém poderá ser julgado ou punido mais de uma vez, acentuando o seu art. 4º, item 1 (FRANÇA, 1984), que: *“Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado”*.

Do Tribunal Europeu de Direitos do Homem foram cotejados os célebres casos *“Öztürk v. Alemanha”* (FRANÇA, TEDH, 1984) e *“Engel e outros v. Países Baixos”* (FRANÇA, TEDH, 1976), nos quais desenhou-se a impossibilidade de acumulação de medidas jurídico-repressivas de natureza penal e administrativa, inclusive criando-se no segundo julgamento os critérios *“Engel”*, que foram aplicados recentemente no caso *“Sergey Zolotukhin v. Rússia de 2009”* (FRANÇA, TEDH, 2020).

Após o enlace e ajustes destes paradigmas ao sistema sancionatório brasileiro, sugere-se a estruturação de um conceito unitário em matéria punitiva, numa necessária visão macrossistemática que englobe as esferas judiciais criminal e cível, além da senda do Direito Administrativo Sancionador.

A confecção de um conceito unitário na esfera punitiva é defendida por Ana Carolina Oliveira, utilizando-se como referência as decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem - TEDH:

A fim de poder julgar as demandas de violações aos direitos processuais a ele direcionadas, o TEDH firma um conceito unitário em matéria punitiva dos Estados, a fim de concretizar o conteúdo do que compreendia como matéria penal e poder, assim, decidir sobre as demandas que recebia. O Tribunal estabelece um conceito de direito penal em sentido amplo (...) o direito administrativo sancionador deve ser entendido como um autêntico subsistema penal. (OLIVEIRA, 2012)

No anterior estudo do subscritor deste artigo foi realçado que:

Avançaram-se também os estudos acerca da compressão de um macrossistema punitivo, elencando o Direito Administrativo Sancionador como um autêntico subsistema penal ou elencando ambos como interdependentes, mas com uma óbvia sobressalência do Direito Penal em detrimento da esfera administrativa sancionadora, diante da profundidade que é necessária atingir para o processamento e julgamento de uma conduta ilícita criminal, que por vezes acaba sendo também objeto de apuração na seara cível por força da Lei de Improbidade Administrativa. (DIAS, 2021)

No mesmo viés é o estudo de Helena Lobo da Costa, que afirma ser necessário adotar um enfoque conjunto das esferas sancionatórias:

Para além de refletir e buscar solucionar os complexos problemas dogmáticos trazidos pela aproximação entre direito penal e direito administrativo, é, também, preciso adotar um enfoque conjunto no campo da política sancionadora. Assim, seguindo a proposta Rando Casermeiro, creí-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão. (COSTA, 2013)

Nesta toada, em recentíssima decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por via da Reclamação nº. 41.557/SP de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, foi reconhecida a independência mitigada das esferas sancionatórias quando comprovado que um mesmo substrato fático-probatório passou pelo crivo da esfera criminal culminado numa sentença absolutória, cujo resultado, caso atenda os requisitos previstos no art. 935 do Código Civil, ou seja, além daquelas tradicionais inferências aos artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal, terá força de definitividade em face das demais esferas sancionatórias, principalmente em relação ao Direito Administrativo Sancionador.

Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*. Explicação: o subsistema do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito penal não pode ser revista no âmbito do subsistema do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo subsistema do direito penal – este é ponto da independência mitigada. (BRASIL, STF, 2021)

Helena Lobo da Costa, cujo estudo é referenciado na decisão do Pretório Excelso, afirma que há erro metodológico quando defende-se a independência absoluta entre as esferas penal e do Direito Administrativo Sancionador, ressaltando que:

Em nossa doutrina e, especialmente, em nossa jurisprudência prevalece ainda o paradigma de ‘independência entre as instâncias’, que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. O ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia. (...) Portanto, a ideia de independência entre as instâncias apresenta diversas inconsistências, não podendo ser abraçada como dogma inquestionável, bem ao contrário. (COSTA, 2013)

A paradigmática decisão em comento destaca que existem círculos concêntricos de ilicitude que não permitem nova valoração sobre os mesmos fatos em sede de persecução

penal e do Direito Administrativo Sancionador, culminando com a dupla punição ao agente, pois violaria o Princípio *ne bis in idem*.

Outro espaço aberto pela referida decisão, em que pese o fato de não ter sido nela explorado, estrutura-se na possibilidade de coibir ou coordenar os riscos e danos de eventuais persecuções simultâneas e paralelas contra uma mesma pessoa, cujo ponto é o objeto central desta investigação, pretendendo-se descortiná-lo no tópico seguinte.

#### 4 | VEDAÇÃO DO *BIS IN IDEM*

No *leading case* apontado na abertura deste trabalho ficou evidente que o mesmo conteúdo fático-probatório foi objeto de tripla averiguação nas mais variadas esferas sancionatórias, ainda, mesmo após o escrutínio dos fatos na senda criminal, que reconheceu a licitude da conduta do autor e que seu atuar estava pautado estritamente no cumprimento da legislação vigente, não escapou das agruras de uma ação de improbidade administrativa que acabou sendo absolvido, mas até o findar desta pesquisa mantinha-se incólume a condenação proferida pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

O Supremo Tribunal Federal deixou evidente no julgamento da Reclamação nº. 41.557/SP que o mesmo conjunto fático-probatório não pode servir para dar azo - mesmo com nova roupagem (releitura probatória), mas sem a existência de fatos novos - à propositura de ação de improbidade administrativa, sob pena do surgimento de sentenças judiciais ou pronunciamentos administrativos conflitantes, notadamente porque pertencem ao mesmo macrossistema punitivo estatal, não podendo ser consideradas peças independentes deste vasto sistema.

É importante realçar e afastar más impressões sobre uma inexistente defesa da completa dependência do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Civil ao conteúdo de uma decisão criminal, até porque está assentado na legislação vigente certa independência destas esferas, até porque existem elementos residuais dos atos ilícitos que não são alcançados pelo Direito Penal.

De outra sorte, apesar da doutrina e jurisprudência destacarem os artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal como substrato à interdependência das esferas sancionatórias ao Direito Penal, não são exclusivamente estas hipóteses legais que vinculam as demais esferas punitivas à sentença absolutória criminal, à decisão de arquivamento ou trancamento de investigações criminais, e à decisão de rejeição da peça acusatória. Tudo isso precisa ser detidamente analisado sob o contexto fático-probatório para evitar duplas persecuções e até o indigesto *bis in idem*.

No já mencionado ensaio deste autor, ficou destacado que:

Por outro lado, quando evidenciado que o juízo criminal promoveu a interpretação factual, rejeitando determinados pontos comuns existentes numa ação de improbidade administrativa, por exemplo, afastando o dano ao erário ou concretizando a inexistência do elemento subjetivo do tipo (dolo)

da conduta humana narrada sob o mesmo contexto fático-probatório, não permite-se, por respeito ao princípio *ne bis in idem*, posterior pronunciamento judicial ou administrativo sobre fato concreto correlato.

Por mais que justifique-se a independência das esferas judiciais criminal e cível, não há como negar que o prejuízo ao erário e o dolo - como acima exemplificado - não possuem o mesmo conceito, significado e efeitos tanto para o Direito Penal quanto para o Direito Administrativo Sancionador.

No caso *sub examen* o juízo criminal proferiu julgamento de mérito absolvendo o autor do fato, demonstrando-se que há identidade de sujeitos, do conjunto fático-probatório e pela constatação da possibilidade de aplicação de sanções de natureza punitiva nas demais esferas, típica das ações de improbidade administrativa e das punições perante os Tribunais de Contas.

No caso em testilha é muito mais avultante o desalinho entre as esferas sancionatórias, pois o autor do fato foi absolvido em sede de ação penal e de ação improbidade administrativa, no entanto, remanesce sanção aplicada pelo Tribunal de Contas do Estado Paraná sobre o mesmo contexto fático-probatório, permitindo a sobrevivência de decisões claramente conflitantes.

A independência das esferas judiciais (cível e criminal) e administrativa deverá estar calcada na atuação de cada uma delas nos aspectos residuais do direito, exatamente na ausência de pontos de contato entre o mesmo fato e o plano de aplicação da norma jurídica.

Um fato não pode ser ao mesmo tempo verdadeiro e falso; ser considerado não prejudicial ao erário e em outra instância merecer interpretação avessa; a conduta é dolosa ou não é; cumpre-se ou não a lei.

Helena Lobo da Costa sublinha que:

Isto porque decisões penais que reconheçam a inexistência de fato ou ausência de autoria não podem ser simplesmente desconsideradas pelo órgão administrativo (...) O princípio da proporcionalidade configura o fundamento jurídico do direito do *ne bis in idem* relativo às searas penal e administrativa (...) Para a identificação das hipóteses de aplicação do *ne bis in idem* examinado, deve-se verificar identidade de sujeitos, de objeto ou fatos e de efeitos jurídicos das sanções (natureza punitiva ou sancionadora). (...) Examinada a possibilidade de aplicação do *ne bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa no direito brasileiro, verificou-se que não apenas inexistente qualquer óbice para sua adoção, senão também que o princípio da proporcionalidade o impõe, já que a cumulação das vias penal e administrativa viola o subprincípio da necessidade. (COSTA, 2013)

A autora ressalta que o reconhecimento da inexistência do fato ou a ausência de autoria esvazia a pretensão sancionatória em outras esferas, notadamente quando há coincidência de sujeitos, de objeto ou fatos e efeitos jurídicos das sanções, sejam elas de natureza punitiva ou sancionadora. Ainda, agrega à aplicação do princípio *ne bis in idem* também o necessário respeito ao subprincípio de necessidade.

Após a estruturação do marco teórico desta pesquisa é importante alinhar a ideia

da sobressalência das decisões criminais que tenham por objeto o mesmo roteiro fático-probatório, desde que siga os requisitos propugnados nesta investigação, por isso, será importante perflustrar a impossibilidade de acumulação de sanções e até de processamentos simultâneos em face da mesma pessoa em múltiplas esferas sancionatórias, analisando eventuais questões prejudiciais ao prosseguimento de medidas sancionatórias simultâneas e paralelas, quando comprovada a instauração de uma ação penal nas condições analisadas neste estudo.

## **5 | IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE SANÇÕES E A TEMERIDADE DA COEXISTÊNCIA DE MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS (PROCESSOS)**

Após o estudo dos casos concretos onde verificou-se a múltipla incidência da persecução punitiva estatal, demonstrando que um fato idêntico – obra de claras falhas do sistema jurídico nacional – pode ser apurado várias vezes e resultar em decisões completamente divergentes, permitindo até que a dupla valoração judicial do fato seja desconsiderada pela esfera de controle administrativo.

Noutras vezes, como já constatado em estudos recentes, subsistem condenações por ato de improbidade administrativa que determinam o ressarcimento ao erário público, mas que desconsideram eventuais devoluções de ressarcimento ao erário público determinadas pelas Cortes de Contas ou pelo juízo criminal na forma do art. 387, IV do Código de Processo Penal.

Não raras são as proposituras concomitantes de ações de improbidade administrativa e penal que possuem como lastro probatório apurações realizadas em prestações de contas, porém, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, estas não possuem o condão de imiscuir o fato sob os olhares da Lei de Improbidade Administrativa, haja vista que os procedimentos de tomada de contas não julgam pessoas, não perquirindo a existência de eventual dolo decorrente do ato de improbidade administrativa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

[...]

3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.

[...]. (BRASIL, STF, 2020)

Ademais, ficou clarividente na decisão objeto do Tema 897 do Supremo Tribunal Federal que não permite-se ao autor do fato o exercício pleno da ampla defesa e contraditório perante os Tribunais de Contas, tendo em vista a peculiaridade da atuação destes órgãos fiscalizatórios e a própria natureza do objeto de suas investigações.

Na prática, no entanto, ocorrem rotineiramente manifestações e decisões de Tribunais de Contas sobre a conduta pessoal do gestor público ou do particular que mantém alguma espécie de contrato com o Poder Público, inclusive resultando em recomendações e pré-juízos de condutas qualificadas como ímprobas.

Neste cenário que exsurge a hipótese investigada no *leading case* em testilha, ocasião que o Tribunal de Contas do Paraná aplicou penalidade de ressarcimento ao erário, analisando aspectos típicos da Lei de Improbidade Administrativa, perquirindo inclusive sobre a atuação supostamente dolosa e ilícita do autor do fato, e pior, remetendo suas conclusões ao Ministério Público para a promoção de ação penal e de ação de improbidade administrativa.

Como já foi alhures, as ações penal e de improbidade administrativa utilizaram-se do mesmo adereço fático-probatório perquirido pela Corte de Contas, contudo, após a devida instrução processual concluiu-se que a centralidade do fato assentava-se na legalidade ou ilegalidade da conduta do autor do fato e em eventual dano ao erário.

Após o cotejo da legislação que trata do ressarcimento das diárias de viagem no caso sob investigação, ficou encerrada a temática tanto na esfera criminal quanto da ação de improbidade administrativa, concluindo-se que o autor do fato não havia cometido nenhum ilícito.

No processo criminal a absolvição fundou-se no disposto do art. 386, III do Código de Processo Penal; já na ação de improbidade administrativa houve o rechaço do ato ímprobo imputado diante da expressa previsão legal para o ressarcimento de viagens através de diárias, entretanto, permanece até hoje hígida a condenação proferida pelo Tribunal de Contas, inclusive, como já foi dito alhures, é objeto de ação de execução fiscal com inúmeras medidas de constrição patrimonial encetadas em face do executado.

No caso em voga demonstrou-se que houve a atuação das múltiplas esferas sancionatórias, gerando inclusive sanção pecuniária e até hipótese de inelegibilidade ao autor do fato investigado, cuja punição está em completo desalinhamento com o decidido pelo juízo criminal e reiterado em sede de ação de improbidade administrativa.

Percebe-se que apesar da decisão criminal estruturar-se no art. 386, III do Código de Processo Penal, que não se encaixaria nas hipóteses previstas nos artigos 65 e 66 do mesmo Códex, que em tese permitiria submeter o mesmo fato ao juízo cível e à esfera administrativa, ficou clarividente que este caso investigado alinha-se perfeitamente aos critérios elencados no Acórdão paradigmático do Supremo Tribunal Federal que trata da independência mitigada entre as esferas sancionadoras.

Apesar da absolvição criminal não estar elencada tecnicamente nas hipóteses

previstas nos artigos 65 do Código de Processo Penal, também não permite-se afirmar que se autorize o escrutínio, na forma do artigo 66 do mesmo diploma legal, acerca do mesmo fato na esfera do Direito Administrativo Sancionador.

Incidiria no caso vertente o que dispõe o artigo 935 do Código Civil que dispõe: “A *responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal*”, a teor do que foi decidido pelo Pretório Excelso com esteio no Princípio *ne bis in idem*.

Ficou demonstrado no caso concreto o efetivo prejuízo causado ao autor do fato multiplamente investigado e processado, ficando evidente que a decisão absolutória proferida pelo juízo criminal deve ser oposta aos demais campos punitivos típicos do Direito Administrativo Sancionador, mostrando-se necessário discorrer no próximo tópico sobre a temeridade de instaurar-se múltiplas medidas sancionatórias simultâneas e paralelas.

## **61 QUESTÃO PREJUDICIAL CRIMINAL Oponível À TRAMITAÇÃO DE MEDIDAS TÍPICAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Conforme ficou demonstrado no leading case em tela, além do risco de obtenção de sanções múltiplas em face da mesma pessoa utilizando-se de idêntico contexto fático-probatório, inclusive com a franca possibilidade de eventuais punições redundar na condenação de ressarcimento duplo ou triplo de valores ao erário público, num claro enriquecimento ilícito dos cofres públicos em detrimento do particular.

Ainda, é importante obtemperar que inexistente no sistema sancionatório brasileiro regras claras sobre eventuais compensações punitivas aplicadas em duplicidade em campos sancionatórios diversos, porém, em tese incidiria analogicamente o disposto no artigo 63, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Além desses percalços que merecem estudo específico, vislumbra-se que a simples coexistência de múltiplas medidas sancionatórias (processos) em face do mesmo autor, conforme constatado no leading case em voga, causam inegáveis danos processuais e econômicos ao demandado.

En passant, sem perder o foco na centralidade da discussão, também pode-se imaginar a construção de uma pesquisa sobre assédio processual, pois o ajuizamento de sucessivas ações judiciais ou processos administrativos sobre a mesma temática; agravando ainda mais a situação quando já preexistir provimento absolutório na esfera criminal, podendo até edificar-se a ideia de um ato ilícito de abuso de acusação, conforme já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça na senda cível através do Recurso Especial nº. 1.817.845/MS (BRASIL, STJ, 2019).

Retomando a temática, além da preocupação de gerar-se decisões judiciais e administrativas conflitantes ou com duplas punições em desalinho com o princípio *ne bis in*

idem, merece igual cuidado a coexistência de múltiplas e paralelas medidas – genericamente denominados de processo - que visem a aplicação de sanções, notadamente quando estruturam-se em similares acervos fático-probatórios.

Percebe-se que na prática, conforme orientação majoritária da doutrina e da jurisprudência claramente verificado no estado da arte sobre o tema, que impera ainda a orientação de que as esferas judiciais criminal e cível e as esferas controladoras dos atos administrativos possuem ampla independência para apurar eventual ato ilícito.

Este viés hermenêutico vem sendo revisitado pela doutrina e mereceu recentemente manifestação do Supremo Tribunal Federal que propugnou uma nova visão sobre o relacionamento das esferas sancionatórias e a compreensão de que não se deve permanecer a ideia de uma independência ampla, pois enxerga-se o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador com peças de um macrossistema punitivo, arraigado na premissa da sobressalência da esfera criminal sobre os demais subcampos ou microsistemas punitivos, onde se insere o segundo.

Hodiernamente afasta-se a ideia primitiva de que as esferas sancionadoras estariam submetidas ao Direito Penal somente nas hipóteses elencadas no art. 65 e 66 do Código de Processo Penal, partindo-se para uma análise sistemática muito mais ampla ancorada no Princípio *ne bis in idem* e na alocação de outras hipóteses de subserviência do Direito Administrativo Sancionador ao Direito Penal, exceto quando estas esferas atuam em aspectos residuais do ato ilícito, aqui considerado genericamente.

Nesta toada, busca-se também estabelecer requisitos claros que impeçam que o Estado, valendo-se de toda a sua estrutura acusatória, promova inúmeras frentes punitivas contra uma mesma pessoa sob idêntico enfoque fático-probatório, para evitar que isso transforme-se em assédio processual e cause marcas indelévels no acusado, pois são notórias as agruras e chagas processuais em situações como a apurada no caso vertente.

Neste norte, buscando ao menos uma resposta provisória à problemática arguida no introito desta pesquisa, buscando mecanismo já existentes na legislação vigente que sejam capazes de obstar o prosseguimento de múltiplas sanhas acusatórias, cujos argumentos raramente são acolhidos processualmente devido à invocação recorrente do frágil argumento da independência plena das esferas sancionatórias no Brasil.

O Código de Processo Penal traz claramente no seu artigo 93 que o juízo criminal poderá suspender a ação penal quando o reconhecimento da existência da infração depender de questão que dependa de solução na esfera cível, cujas hipóteses são intituladas como questões prejudiciais.

Já no Código de Processo Civil existe previsão expressa de prejudiciais inversas, as quais são batizadas como possíveis causas suspensivas da ação civil, que estão elencadas no artigo 315, onde se encaixaria perfeitamente a ação de improbidade administrativa, porém, os prazos de suspensão são exíguos e limitados ao máximo de um ano de suspensão do trâmite do processo civil.

Por outro lado, não existe mecanismo processual que permita a suspensão dos processos administrativos que tramitam perante os Tribunais de Contas, pois ambos os Códigos de Processo Penal e Processo Civil preveem apenas gatilhos de suspensão de processos judiciais.

Constata-se também que não existe na Lei de Improbidade Administrativa dispositivo que permita, por exemplo, a suspensão da prescrição, em que pese que atos ímprobos que comprovadamente forem cometidos dolosamente e que causam dano ao erário não podem ser superados pela prescrição, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, 2016), entretanto, aforante essas condições a regra é a prescritibilidade de acordo o entendimento da mesma Corte (BRASIL, STF, 2020).

Portanto, no tocante à prevenção da ocorrência de eventual prescrição, demandaria alteração legislativa neste sentido, porém, a inexistência de tal marco legislativo não pode impedir a aplicação do disposto no art. 315 do Código de Processo Civil à ação de improbidade administrativa, pois os riscos processuais que o demandado é submetido são muito maiores caso levado em conta as premissas da presunção da inocência, a sobressalência do Direito Penal como peça fundante do macrossistema punitivo, além da contenção dos riscos concretos de violação ao Princípio *ne bis in idem* ou a aplicação de penalidades que conflitam com o decidido na esfera judicante como demonstrado no presente *leading case*, sem contar a possibilidade de verificar-se a ocorrência de assédio processual oriundo do abuso de acusação.

Outro ponto a ser esmiuçado em vindouras pesquisas é sobre a múltipla incidência de medidas assecuratórias que são decretadas em desfavor do demandado tanto na esfera penal quanto cível, muitas delas excessivamente superiores ao alegado dano ocasionado ao erário público e sem o mínimo critério de individualização da conduta do autor do fato no caso concreto, que levam muitas vezes o demandado à insolvência civil e empresas literalmente à bancarrota.

Não cabe também o argumento que a ação de improbidade administrativa seria o único e adequado caminho para a decretação de medidas restritivas de cunho patrimonial, pois o Capítulo VI do Código de Processo Penal traz claras medidas assecuratórias que podem substituir as indisponibilidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa; não olvidando que os danos causados pelo autor do ilícito criminal podem ser resolvidos na forma do art. 387 do referido Códex.

Desta feita, são inúmeros os argumentos que contrapõem a propalada independência ampla das esferas sancionatórias, ficando evidenciada a nova linha hermenêutica que sustenta a independência mitigada destas esferas, exatamente no sentido de coibir resultados conflitantes ou duplas punições que possam incidir em violação ao Princípio *ne bis in idem*, mas surge este novo fator investigado sobre a coexistência de múltiplos processos acerca do mesmo acervo fático-probatório que urge estudos, com a finalidade de minorar os riscos e a ocorrência de decisões conflitantes como ora apontado neste

estudo.

Por isso, propugna-se pela estruturação de critérios palpáveis que possam viabilizar a suspensão de múltiplos processos contra a mesma pessoa, asseverando a sobressalência e preferência da apuração na senda criminal, contudo, sem que isso permita a ocorrência da impunidade.

## 7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que está em franca estruturação um interessante viés hermenêutico sobre o âmbito do sistema punitivo estatal e a necessária colocação do Direito Penal em sintonia com o Direito Administrativo Sancionador, exatamente na dosagem adequada das punições advindas desses subsistemas, com a nítida percepção que o Direito Penal possui indubitável ascendência sobre as demais esferas punitivas, sem que isso importe em completa submissão, mas servirá como baliza ou como limite e respeito ao princípio *ne bis in idem*.

Isto posto, são muitos os temas que precisam ser alinhavados após a estruturação desta nova linha hermenêutica que já vinha sendo defendida pela doutrina há alguns anos, mas que foi inaugurada jurisprudencialmente pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento da Reclamação nº. 41.557/SP, no entanto, demonstrou-se que é possível utilizar os mecanismos processuais vigentes, independentemente da necessária reforma legislativa sobre o tema, como medida adequada para minorar os prejuízos processuais e os estigmas que múltiplas e paralelas medidas sancionatórias instauradas contra a mesma pessoa por idênticos elementos fático-probatórios podem causar.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 26 ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 de mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em 10 de mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em 10 de mar. 2021.

BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)> Acesso em 10 de mar. 2021.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 9 set. de 2020.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)> Acesso em 10 de mar. 2021.

BRASIL. STF. HC 15.8319. 2 T. Rel. Min Gilmar Mendes. j. em 26/06/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392409/false>>. Acesso em 10 de mar. 2021.

BRASIL. STF. Reclamação nº. 41.557/SP. 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 15/12/2020, DJe 10/03/2021. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755279509>> Acesso em 20 de mar. 2021.

BRASIL. STF. RE 636.886. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157, DIVULG 23-06-2020, PUBLIC 24-06-2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753077365>> Acesso em 10 de mar. 2021.

BRASIL. STF. RE nº. 669.069 RG, Plenário. Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16/06/2016. DJe 30/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>> Acesso em 25 de mar. 2021.

BRASIL. STF. RE 1044681 Agr., rel. Min. Dias Toffoli, 6/3/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14531245>>. Acesso em 10 de mar. 2021.

BRASIL. STJ. RESP nº. 1.817.845/MS, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora p/ Acórdão Min. Nanchy Andrighi, DJe 17/10/2019. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1864728&tipo=0&nre g=201601478267 &SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20191017&formato=PDF&salvar=fals>> Acesso em 5 de abr. 2021.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador** – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013. Disponível em <<https://repositorio.usp.br/item/002462095>> Acesso em 10 de mar. 2021.

COSTA RICA, São José. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, assinada em 22/11/1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 10 de mar. 2021.

DIAS, Jean Colbert. **O Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador como peças do macrossistema punitivo e a rejeição ao bis in idem**. Artigo submetido à Disciplina de Fundamento de Direito e Estado Contemporâneo, do Curso de Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Unicuritiba. Artigo submetido ao III Encontro Virtual do CONPEDI, 2021.



PARANÁ. TJPR. ApCv. nº. 0006533-88.2017.8.16.0088, 4ª C. Cível, Rel. Des. Luiz Taro Oyama, j. 23/11/2020.

SILVA SÁNCHEZ, José-María. *La Expansión de Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2 ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

## OPERAÇÃO *EXCEPTIS*: UM ESTUDO DE CASO CONTEMPLANDO ANÁLISE DO MODELO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E ADOÇÃO DE BOAS PRÁTICAS PROCEDIMENTAIS

*Data de aceite: 01/03/2022*

**Antenor C Rego Neto**

**RESUMO:** Gostaríamos de iniciar a discussão do assunto colocando em evidência um caso prático que foi a operação policial chamada de “Exceptis” pela Polícia Civil, coordenada pela Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA) e que resultou na morte de 28 pessoas incluindo um policial civil no morro do Jacarezinho<sup>1</sup>, Rio de Janeiro. O assunto ganhou os noticiários da mídia divulgando-se, em amplo e bom som, que foi uma ação truculenta do Estado, suscitando inclusive ataques de organismos internacionais onde levantou-se a indagação sobre qual o modelo de manutenção da ordem era aplicado nas favelas? O fato agravou-se ainda mais pela existência de decisão do Ministro Luiz Edson Fachin do STF, que, em ação movida pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), em novembro de 2019, impedia ações policiais em morros, visando, segundo entendimento sustentado, salvaguardar a integridade física dos moradores da favela dos perigos de um possível confronto armado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Investigação, direito.

**ABSTRACT:** We would like to start discussing the matter by highlighting a practical case which was the police operation called “Exceptis” by the Civil Police, coordinated by the Police for the

Protection of Children and Adolescents (DPCA) and which resulted in the death of 28 people, including one civil police officer in the hill of Jacarezinho<sup>1</sup>, Rio de Janeiro. The subject won the news in the media, publicizing, in wide and clear sound, that it was a truculent action by the State, even prompting attacks by international organizations where the question was raised about which model of order maintenance was applied in the favelas? The fact was further aggravated by the existence of the decision of Minister Luiz Edson Fachin of the STF, which, in a lawsuit filed by the Brazilian Socialist Party (PSB), in November 2019, prevented police actions in hills, aiming, according to sustained understanding, to safeguard the physical integrity of favela residents from the dangers of a possible armed confrontation.

**KEYWORDS:** Investigation, law.

Gostaríamos de iniciar a discussão do assunto colocando em evidência um caso prático que foi a operação policial chamada de “Exceptis” pela Polícia Civil, coordenada pela Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA) e que resultou na morte de 28 pessoas incluindo um policial civil no morro do Jacarezinho<sup>1</sup>, Rio de Janeiro.

O assunto ganhou os noticiários da mídia divulgando-se, em amplo e bom som, que foi uma ação truculenta do Estado, suscitando inclusive ataques de organismos internacionais

<sup>1</sup> BBC News: Jacarezinho: o que sabe sobre a operação policial que deixou 28 mortos no Rio, disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57015948>, acessado em 15/9/21.

onde levantou-se a indagação sobre qual o modelo de manutenção da ordem era aplicado nas favelas? O fato agravou-se ainda mais pela existência de decisão do Ministro Luiz Edson Fachin do STF, que, em ação movida pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), em novembro de 2019, impedia ações policiais em morros, visando, segundo entendimento sustentado, salvaguardar a integridade física dos moradores da favela dos perigos de um possível confronto armado.

A proposta é analisarmos as críticas externas, nos abrindo completamente a sociedade civil, nacional e internacional, sem qualquer tabu, para então, com as devidas explicações e contextualizações, chegarmos a um entendimento crítico relativamente ao nosso modelo de investigação criminal, e quais práticas de governança desejamos para o nosso Estado, evitando aventurismos e rivalidades, envolvendo poderes pessoais e corporativos, cabendo aqui as sábias palavras atribuídas ao chanceler da Alemanha Ocidental Konrad Adenauer que, certa vez, quando admoestado, disse: “não se deita água suja enquanto não se tiver água limpa”<sup>2</sup>.

Com certeza e sem a menor sombra de dúvida, a Polícia, sem sentido amplo, pertence a uma carreira de Estado, entretanto a Polícia Judiciária é dotada de um “plus” a mais, revelada pelo adjetivo que a complementa; é a verdadeira polícia do universo civil, aquela dotada de mais experiência e com mais frutos colhidos da investigação criminal; tal particularidade, impressa na memória, a acompanha desde o seu prelúdio histórico. Neste sentido, permissa vênua, faremos um breve resumo a partir do seu enquadramento do seu modelo matricial e seu percurso, chegando aos dias atuais.

A polícia civil do Rio de Janeiro tem como primeiro antecedente o alvará de 10 de maio de 1808. Uma das primeiras medidas do Príncipe Regente, D. João, ao chegar ao Brasil foi organizar o serviço policial à semelhança do que já existia em Lisboa, sendo criado, então, a Intendência Geral da Polícia da Corte e do Estado, presidida pelo desembargador Paulo Fernandes Viana, ao qual era afeta toda jurisdição em matéria policial. As instruções do procedimento de averiguação e captura dos réus dos delitos, cabiam ao juízes do crime, conforme se verifica, claramente, nos §§ 4º e 5º, do famoso alvará de D. José I, de 25 de junho de 1760, reproduzido a seguir, *in verbis*:

Ficarão debaixo da inspeção do mesmo intendente geral os crimes de armas proibidas, insultos, conventilhos, sedições, ferimentos, latrocínio, mortes e bem assim todos os mais delitos, cujo conhecimento por minhas ordenações e leis extravagantes pertence aos corregedores e juízes do crime dos bairros de Lisboa: para prover os ditos corregedores e juízes do crime a cumprirem sumária e diligentemente com as suas obrigações, preparando os processos e deferindo as partes ou remetendo os autos para a Casa de Suplicação, nos casos em que assim o deverem fazer na fórmula abaixo declarada:

Logo que os ditos corregedores e juízes do crime derem parte ao mesmo intendente geral de qualquer delito cometido na corte, e receberem dele

<sup>2</sup> Os Debates na Alemanha: Adenauer e a “água suja”, 19.10.1953 - [www.publico.pt/culturaipsilon](http://www.publico.pt/culturaipsilon) - disponível em <https://www.publico.pt/2006/09/10/jornal/os-debates-na-alemanha-97024>, acessado em 15/9/21.

as instruções e ordens necessárias para o procedimento que devem ter na averiguação e captura dos réus do delito que se houve cometido, passarão ( em benefício do sossego público da côrte (SIC), que deve prevalecer a toda e qualquer outra contemplação particular) ao exame e prisão dos mesmos réus, autuando-os em processos simplesmente verbais, sem limitação de tempo e sem determinado número de testemunhas, somente até constatar da verdade do fato;

A qual verificada se farão os autos conclusos ao intendente geral para que, achando-se nestes termos, lhes ordene que os remetam aos corregedores do crime da corte, para serem imediatamente sentenciados em Relação, na conformidade dos meus reais decretos de 4 de Novembro de 1755, admitindo-se contudo aos réus a embargarem com o termo de 24 horas por uma vez somente: executando-se a sentença logo que for passado o referido tempo.<sup>3</sup>

Assim, naquele tempo, como se percebe eram indistintas as funções policiais das judiciárias, mesmo com a independência, foi mantida com a Lei de 15 de outubro de 1827 e decreto de 28 de março de 1833, que estabeleceu para cada freguesia e capela curada (vila), um juiz de paz (ancestral mais remoto do atual Delegado de Polícia), concedendo-lhe atribuições policiais, administrativas e judiciárias. Já com a lei de 3 de dezembro de 1841, começa o embrião da organização policial, passando a ser centralizada e hierarquizada, estabelecendo a figura de um Chefe de Polícia, com delegados e subdelegados, com atribuições policiais e criminais. Somente com o regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, veio a divisão da polícia em administrativa e judiciária, exercendo o Ministro da Justiça a qualidade de chefe de toda a administração policial do império, que perdurou até a lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871, que trouxe importantes inovações a organização policial. Sobre o assunto trazemos a colação o comentário profícuo e autorizado de Sylvio Terra e Pedro Mac Cord, transcrito abaixo, *in verbis*:

[...] depois de dilatados trabalhos parlamentares, isto de 1869 a 1871, tendo um dos pontos primordiais de discussão, a discriminação entre a Polícia Administrativa e a Polícia Judiciária, veio a Lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871, trazendo, sob a instituição do systema (SIC) jurídico, sensíveis modificações à organização policial e respectivas funções até então dominantes. Entre outras tornou incompatíveis os cargos de polícia com os cargos de juiz municipal e com os de juiz substituto. Derrogou a disposição, tornando obrigatória a aceitação do cargo de Chefe de Polícia, para substituí-la por outra permitindo a nomeação, para tal cargo, ser feito, não só entre os magistrados, como entre os doutores e bacharéis em direito, com quatro anos de prática do fôro (SIC) ou de administração, etc. Coube ainda às autoridades policiais preparar os processos nos crimes policiais até a sentença, com exclusividade, bem como proceder, ex-officio, quanto a estes crimes. Proceder, mais, nos crimes comuns, a diligências para descobrimento dos fatos delictuosos (SIC) e suas circunstâncias, colaborando, dessa forma, na formação da culpa, e, em conclusão, a concessão da fiança provisória. Tal organização colocou, pois, a Polícia como auxiliar da Justiça, sendo suas

<sup>3</sup> *Apud* Mello, Barreto Filho; Lima, Hermeto – História da Polícia do Rio de Janeiro: Aspectos da cidade e da vida carioca – 1565 – 1831. Rio de Janeiro, editora S.A.A Noite, p. 159v.

Já na República, com o Presidente Rodrigues Alves, foi editado a lei nº 947 de 29 de dezembro de 1902, onde reformava o serviço policial, aplicado na cidade do Rio de Janeiro, à época sede do governo federal. Em seu artigo segundo estabelecia que a polícia civil, comandada pelo Chefe de Polícia, subordinado ao Ministro da Justiça, seria exercida pelos delegados auxiliares, pelos delegados de circunscrições urbanas e suburbanas e seus suplentes, inspetores seccionais, agentes de segurança e uma guarda civil, a qual cabia, além dos serviços de ronda e vigilância, todos os demais afetos a polícia militar.

Com a promulgação do Código de Processo Penal, através do Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941, foi consagrado o sistema jurídico misto, em dois ciclos, o primeiro sob a presidência do Delegado de Polícia, de caráter cautelar, inquisitorial e provisório, destinado a angariar elementos de provas e identificação da autoria, o segundo iniciado pelo Ministério Público, instaurando o processo até o seu julgamento final. Tendo em vista tratar-se de fonte de interpretação autêntica, transcrevo abaixo, parte de sua exposição de motivos, onde deixa entrever as motivações de fundo que levaram a sua adoção em nosso país:

[...] Não cabe, aqui, discutir a proclamadas vantagens do juízo de instrução. Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contra-marchas (SIC) de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.<sup>5</sup>

A Exposição de motivos acima é uma brilhante peça de ensinamentos, reveladora da sabedoria e cautelas no cumprimento da nobre missão, não só levando em conta o que a doutrina nacional e internacional tinham de melhor a oferecer como também a realidade geográfica e sociocultural de nosso país. Assim deve ser desconstruída a teoria que nos faz refêrem de outras países, pela aderência simplória de modelos alienígenas, bem como expurga, porque falsa, a alegação ideológica de que inspirada no fascismo italiano. A

4 Cf. Terra, Sylvio; Cord, Pedro Mac: Polícia. Lei e Cultura. Rio de Janeiro, Gráfica Guarany, 1939, p.30.

5 Cf. Exposição de motivos do Decreto-Lei nº3.689 de 03 de outubro de 1941 – Honoris Causa – disponível em [https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf) - acessado em 21/9/2021.

contextualização histórica diz exatamente o contrário, o governo de Getúlio Vargas, neutro inicialmente no início da Guerra, estava alinhado com países aliados, principalmente os EUA, com o qual mantinha ampla colaboração militar. Digno ainda de nota é o fato trazido a lume, pela exposição encimada, que a ação da polícia judiciária, no clamor dos acontecimentos é, em última análise, uma garantia da Justiça Criminal, livrando-a, como bem disse, dos “azares detetivescos” e do desprestígio de atuações precipitadas, em detrimento da verdade que vier a ser apurada, bem como por fazer zelar pelo princípio do *ne procedat iudex ex-officio*, salutar em qualquer regime democrático. Por outro lado, na exposição de motivos nº 212 de 09 de maio de 1983, apresentada pelo então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, do anteprojeto elaborada em 1970 pelo professor José Frederico Marques, revista por comissão de renomados juristas como os professores Benjamim Moraes Filho, José Carlos Moreira Alves e José Salgado Martins, este último substituído, em razão de falecimento, pelo não menos talentoso, professor Hélio Bastos Tornaghi, embora não tenha vingado como iniciativa política junto ao parlamento, serve como fonte doutrinária subsidiária, fornecendo elementos jurídicos de qualidade indispensáveis a compreensão mais atualizada da natureza do modelo jurídico processual que se exigia da Polícia Judiciária. Neste sentido, para ilustrar, reproduzo, *in litteris*, a seção referente a parte aludida:

#### DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

46. As atribuições da Polícia Judiciária estão relacionadas no artigo 107 do Projeto: cabe-lhe colher as provas nas primeira fase da persecutio criminis, nos autos do denominado inquérito policial, destinado, eventualmente, a servir de base à acusação.

47. Na elaboração desse elenco teve-se presente a interdependência funcional entre Polícia Judiciária e Ministérios Públicos, matéria cuja delicadeza exige precisão e exatidão de conceitos.

48. Embora judiciária, essa ramificação da atividade policial está organicamente encartada na máquina executiva de outro Poder, donde o reconhecimento e seu caráter misto: é judiciária nos fins, mas administrativa em sua forma e substância (cf. HÉLIO BASTOS TORNAGHI, Instituições de Processo Penal cit., vol. II, pág. 202, FERNANDO HENRIQUE MENDES D ALMEIDA; in Arquivos da Polícia Civil de São Paulo, São Paulo, 1942, vol.3/1 págs. 221 e seguintes).

49. O Projeto entrosa as atuações da Polícia Judiciária e do Ministério Público, regulamentando-as minuciosamente nos Capítulos I a IV do Título II (Do procedimento ordinário), integrantes do Livro IV, relativo ao processo de conhecimento.

50. Nos artigos 211 a 222, 225 a 231 e 233 a 235 encontram-se as normas disciplinares do procedimento policial, desde a notícia da infração penal até o oferecimento da denúncia ou pedido de arquivamento do inquérito policial. Nos artigos 213,214 e 215 se estabelece a interdependência funcional entre a polícia judiciária e Ministério Público. Nesses mesmos artigos a este o poder de determinar a realização de diligências indispensáveis ao esclarecimento

de fato relevante para o Direito Penal e de quem tenha sido o seu autor.

51. Mantém o Projeto a designação autoridade policial em lugar de delegado de polícia, por abranger a primeira os funcionários públicos que exerçam a mesma atividade, tanto nos Estados como na Polícia Federal. Distingue, ainda, a autoridade policial de seus agentes. Tem-se a primeira como pessoa que, investida por lei, dirige as atividades da Polícia Judiciária, no âmbito de suas atribuições; têm-se os segundos como pessoas encarregadas da prática de atos investigatórios ou coativos, com a finalidade de prevenir ou reprimir a prática de infrações penais.<sup>6</sup>

Com a Constituição Federal de 1988, fruto do término do ciclo militar, o eixo central deslocou-se para ênfase da segurança cidadã. Dispõe o artigo 144 da Constituição Federal que *a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, o que significa dizer que a segurança pública não é direito individual, pois é direito da sociedade e somente se concretiza satisfatoriamente com a concorrência de agentes públicos e cidadãos; por outro lado, o termo segurança previsto em seu artigo 5º ( sob a rubrica do capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) diz respeito à segurança individual, no contexto da segurança jurídica; conciliando os dois artigos, configura-se um sistema de “segurança mínima”, com a máxima garantia do respeito aos direitos dos cidadãos, por outras palavras, consagrou-se uma segurança com o mínimo de intervenção na vida das pessoas.*

Com o passar do tempo, na ausência de reforma legislativa, e com o incremento da alta criminalidade, com contornos há décadas impensáveis, evoluindo em sofisticação e poder bélico, as pendências foram resolvidas de forma supletiva pelo entendimento jurisprudencial da Corte Maior. Portanto, o modelo atual não é genuíno mas “gerúndio”, foi surgindo, não surgiu de um planejamento estrutural articulado mas conjuntural, foi redesenhado segundo as necessidades concretas. Assim, conforme teor das decisões da Excelsa Corte proferida na ADIN nº 1.570-2, que decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.034/95<sup>7</sup>, HC nº 82.507/SE (Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19.12.2002, p.92)<sup>8</sup>, infere-se como abolida a figura do juiz inquisidor, por caracterizar ofensa ao sistema pátrio de separação de poderes, prevalecendo a independência da fase investigativa<sup>9</sup> preliminar sob a presidência do Delegado de Polícia, atuando o juiz somente quando provocado, inferindo-se daí, pela superação da controvérsia, que semelhante interpretação deve ser dado a nova redação do artigo 156, inciso I do Código de Processo

6 Exposição de motivos nº 212, de 9 de maio de 1983 do Senhor Ministro de Estado da Justiça - Câmara dos Deputados - disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicao-demotivos-149193-pe.html> acessado em 23 de setembro de 2021.

7 Posteriormente a Lei 9.034/95, que trata das organizações criminosas (ORCRINS), foi revogada integralmente pela Lei nº 12.850/13, mas esta não mais trouxe em seu bojo qualquer dispositivo com conteúdo semelhante a esse respeito.

8 Esta decisão do STF impediu o juiz de requisitar de ofício novas diligências probatórias quando o Ministério Público se manifestar favoravelmente ao arquivamento do inquérito policial

9 Cf. Lei 12.830 de 20 de junho de 2013, que dispõe sobre prerrogativas funcionais do Delegado de Polícia na condução do inquérito criminal.

Penal<sup>10</sup>. Com relação a independência funcional transcrevo, abaixo, os seguintes subsídios doutrinários que embasam essa convicção:

A autoridade policial, munida do poder discricionário na condução da investigação, só deve satisfações à lei [...] a condição de autoridade que reveste o cargo de delegado, faz com que aja com completa independência na condução da investigação, desautorizando qualquer determinação que seja contrária a sua convicção.<sup>11</sup>

O modelo de investigação "inquérito policial" implica não apenas o domínio fático da investigação pela polícia, como, também a autonomia plena dos atos investigativos, sem que, necessariamente o Ministério Público, a priori se manifeste sobre esses atos. Da mesma maneira, para os atos que não impliquem necessariamente em direitos fundamentais, também não se cogita de qualquer interferência judicial.<sup>12</sup>

Para que a condução dos trabalhos de investigação possa ser realizada com eficiência que a sociedade clama, faz-se necessária a garantia de autonomia na investigação criminal [...] com tais medidas, a investigação ganhará em agilidade, qualidade e imparcialidade, pois o Delegado de Polícia não sofrerá interferências escusas na condução do inquérito policial ou do termo circunstanciado.<sup>13</sup>

A independência funcional do Delegado de polícia, mas do que uma prerrogativa do cargo, traduz uma segurança do cidadão, no sentido de que não será investigado por influência política, social econômica ou de qualquer outra natureza, sendo tratado sem discriminações benéficas ou detrimetosas<sup>14</sup>.

Feitas estas considerações iniciais poderemos adentrar no âmago das respostas as questões levantadas acima. Poderíamos começar dizendo que não há modelos perfeitos de investigação criminal, não há respostas exatas dentro ou fora do livro *sub judice*, principalmente em um mundo onde o fenômeno da criminalidade organizada e globalizada nos assusta e aflige; com certeza não vivemos em um Estado tranquilo onde inexistente a sensação de medo de andar nas ruas ou em ficar em casa com janelas ou portas abertas a noite. Mister lembrar que emprego de forças armadas no Rio de Janeiro é uma constante<sup>15</sup>,

10 Somente no curso do processo criminal admite-se ao juiz poderes instrutórios, assim mesmo somente de forma complementar e subsidiária a atuação das partes. Cf. JUNIOR, João: O sistema acusatório no processo penal brasileiro e a adoção do modelo inquisitorial system na gestão da prova pelo juiz - [ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-sistema-acusatorio-no-processo-penal-brasileiro-e-a-adocao-do-modelo-inquisitorial-system-na-gestao-da-prova-pelo-juiz/amp/](http://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-sistema-acusatorio-no-processo-penal-brasileiro-e-a-adocao-do-modelo-inquisitorial-system-na-gestao-da-prova-pelo-juiz/amp/), acessado em 23/9/21.

11 GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio: Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia – [iusbrasil.com.br](http://iusbrasil.com.br) - disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>, acessado em 23/9/21.

12 CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, 2006, p.78.

13 Justificativa do Projeto de Lei 132/12, convertido na Lei 12.830/13, deputado Arnaldo Faria de Sá, 21/12/2012, *apud*, CASTRO, Henrique: Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direito fundamentais - [conjur.com.br](http://conjur.com.br) - disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>, acessado em 23/9/21.

14 CASTRO, Henrique: Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direito fundamentais – [conjur.com.br](http://conjur.com.br) - disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>, acessado em 23/9/21.

15 Tivemos a presença de forças militares no Rio Eco 92 com a incumbência de proteger chefes de Estado e delegações, porém a ideia passada pela mídia foi a da necessidade de intervenção do exército na segurança; Operação Rio I

bastando lembrar a Operação Rio I e II (1994), contra traficantes de drogas e a recente intervenção federal, no comando da Segurança Pública (2018), ocorrida no final do governo do presidente Michel Temer. Não querendo adentrar no mérito desta ações por não ser nosso objetivo, deixo, no entanto, aqui registrado uma informação essencial sobre este tipo de abordagem inusitada, trazida por Nuno Rogeiro, proferido em artigo da Revista portuguesa *Modus Operandi, in verbis*:

[...] Num seminário recente, informaram-me que um ex-oficial do SBS Britânico (unidade especial da marinha, equivalente ao SEAL americano, ou DAE dos Fuzileiros portugueses) observou ser diferente a intervenção de força militares, com objectivos (SIC) militares específicos, sob o comando ou orientação militar, e sem interferência externa, num cenário comum como seja um navio carregado de droga, e a mesma actuação (SIC), feita por militares, sob comando militar, mas com orientação policial, e servindo objetivos próprios de polícia de investigação criminal. Da necessidade de manter e produzir prova, à imperatividade de encontrar elementos de prosseguimento investigativo, de problemas de identificação e inquirição de envolvidos, até a utilização de certos procedimentos, há diferenças substanciais que se diriam “naturais”.<sup>16</sup>

Em qualquer cenário de ação policial onde o resultado final não seja bem sucedido, e esse risco é inerente em quaisquer operação desta natureza, já que o imprevisível pode vir a suceder, estará sempre sujeita a especulações e sensacionalismos, como v.g. ocorreu no chamado “incidente d Ipperwash” em Ontário (Canadá), onde a morte de um manifestante levantou dúvidas sobre a independência política, eficácia, adequação dos meios e a tão decantada nos meios políticos *accountability* das forças policiais. Embora o caso brasileiro seja bem mais expressivo em número de mortes, sendo uma delas um policial civil, nem por isso, poderíamos classificá-la, a luz da sistematização vigente, como temerária, pelas seguintes razões: primeiramente porque constitui pauta prioritária da polícia investigativa ações operacionais de prevenção e repressão envolvendo organizações criminosas complexas<sup>17</sup>, como o tráfico de entorpecente e seus tentáculos, tal perspectiva, em zonas conflagradas por facções criminosas, que se utilizam de estrutura de guerra e de pessoas de bem como escudo humano, foi inclusive aludida, pelo então, à época, Ministro da Justiça Sérgio Moro, em sua exposição de motivos nº00014/2019<sup>18</sup>, indicando, de forma cirúrgica, como solução, maior proteção legal aos agentes da lei, sob pena de se ter uma polícia intimidada e desconfiada diante das consequências legais que possam advir, tornando-se inoperantes e meros burocratas da segurança pública; segundo, a Polícia Judiciária, com

---

e II (1994), emprego das forças armadas contra traficantes de drogas; Rio mais 20 (ECO 2012) e finalmente intervenção federal em 2018. Cf. Da Silva, Jorge - Criminalidade crítica: Segurança e Polícia. Rio de Janeiro: Forense, 2ª. Ed., 2008, Cap. XXI.

16 ROGEIRO, Nuno - Da Investigação criminal e de outras coisas: em redor de um livro útil. *Modus Operandi*. Portugal: Revista da ASFIC/PJ N. 1, p.20 - Janeiro/Março, 2007.

17 Segundo Guilherme de Souza Nucci, a criminalidade organizada atenta contra os direitos humanos fundamentais. Cf. Nucci, Guilherme de Souza - Direitos Humanos X Segurança Pública, p.102;

18 Cf. Exposição de Motivos nº 014/2019 do MJSP – planalto.gov.br - disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projeto/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projeto/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm), acessado em 23/9/21.

bem disse Rolf Jaeger<sup>19</sup>, Diretor Regional *Kriminalpolizei* alemã, constitui um corpo superior de polícia, auxiliar da administração de justiça, portanto, sua atuação, *in casu*, revestiu-se das formalidades legais, conferidas por lei e sob a tutela do poder judiciário, com o qual tem, pelo modelo vigente, proximidades, sendo natural o aprofundamento da vocação jurídica, específica razão de ser da instituição; terceiro, não houve intervenção armada e sim atividade reativa, com demonstração de poder adequadamente dissuasora, por órgão policial capacitado contra organizações criminosas cujas práticas típicas se assemelham a grupos terroristas, que alguns progressistas preferem chamar, eufemisticamente, de “grupos de resistência”<sup>20</sup>, devendo ser encarado suas restrições e fatalidades como expressão coadunável da necessidade de resguardar o estado de direito frente a ação lesivas e deletéria da alta criminalidade; de observar ainda que é a polícia judiciária que detém, nesta área, maior capital de experiência, mantendo-se como principal candidato ao desempenho mais salutar, e com menos baixas possíveis, operações deste porte e natureza. O firmamento desta qualificação profissional, a polícia judiciária fez por merecer, pelos seus próprios bríos, uma posição de destaque onde se fez referência, sendo reconhecida pela sociedade, de ambos os lados: pelo seu lado bom se reconheceu o mérito, pelo seu outro lado a eficácia intransigente. Com relação as articulações entre polícia judiciária e autoridades da Justiça trago à baila o comentário de Damião da Cunha, acadêmico da Católica do Porto, referindo-se ao modelo português, a qual aplaudimos entusiasticamente: [...] *a correta articulação entre polícia e as autoridades judiciárias não é uma mera questão de polícia, ou de sistema policial, é, antes de tudo, uma questão de qualidade do Estado de Direito.*<sup>21</sup>

Podemos concluir, então, que, no caso sub examine, tivemos, com o nosso modelo, mais qualidade e sucesso, com a mitigação dos riscos, apesar das baixas, do que defeitos e práticas temerosas. Qualquer modelo que esmague o que polícia judiciária melhor sabe fazer está condenada ao fracasso. Só há boa polícia investigativa se a polícia puder trabalhar: sem pressões, sem interferência e sempre no respeito à lei. Esse é o nosso modelo de polícia investigativa. Assim, não se pode questionar o modelo simplesmente porque se permitiu que ele funcionasse. Como bem disse o Jornalista Rui Costa Pinto, *o aperfeiçoamento de um modelo de polícia só pode ser alcançado a partir do momento em que se respeita, de fato, quem lá trabalha*<sup>22</sup>.

Por fim, como recomendação, deixamos aqui registrado, as seguintes boas práticas: 1º) otimização das relações entre a Polícia Judiciária e a funções de comunicação social;

19 A polícia de Segurança Pública e a da Investigação Criminal constituem dois perfis de polícia distintos, havendo dicotomia de interesses, sensibilidades e de cultura organizacional. Cf – Modus Operandi – Revista da ASFIC/PJ Nº1 Janeiro/Março, 2007: razões para uma reedição, fls.31.

20 FILHO, José Carlos Moreira da Silva. In: O Terrorismo de Estado e a Ditadura Civil-Militar no Brasil: Direito de resistência não é terrorismo. Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDE. Brasil, 2011.

21 Apud Pinto, Rui: Fazem perigar o funcionamento das polícias e da democracia Modus Operandi – Portugal: Revista ASFIC/PJ, nº1, p.15, Janeiro/Março, 2007.

22 Pinto, Rui: Fazem perigar o funcionamento das polícias e da democracia. Modus Operandi –Portugal: Revista ASFIC/PJ, nº1, p.15 - Janeiro/Março, 2007.

2º) criação de uma valência operacional, no âmbito da Chefia Superior de Polícia, que permita uma correta articulação com o Ministério Público na concretização das prioridades criminais; 3º) a exoneração da direção operacional Superior da Polícia Judiciária, somente com parecer prévio do Conselho Superior de Magistratura, a fim de evitar a sua politização; 4º) face as especificidades do problema do crime organizado no Rio de Janeiro, reivindicar assento na Interpol, a fim de intensificar o seu papel de gestor central de informações e 5º) elaboração da tão necessária e reclamada Lei Orgânica prevista no artigo 188 “B” Constituição do Estado, dotando-a uma lógica referencial estável digna de sua memória, do seu presente e com perspectivas claras de seu futuro, consagrando, em relação ao Executivo, as mesmas garantias de independência asseguradas ao poder judiciário, do qual deveria, exclusivamente, depender.

## REFERÊNCIAS

BARRET, Filho; LIMA, Hermeto – História da Polícia do Rio de Janeiro: Aspectos da cidade e da vida carioca – 1565 – 1831. Rio de Janeiro, editora S.A.A Noite;

TERRA, Sylvio; CORD, Pedro Mac: Polícia. Lei e Cultura. Rio de Janeiro, Gráfica Guarany, 1939;

REZNIK, Luis – 200 anos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Ideorama, 2009;

CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. In: O Terrorismo de Estado e a Ditadura Civil-Militar no Brasil: Direito de resistência não é terrorismo. Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDE. Brasil, 2011;

NUCCI, Guilherme de Souza Direitos Humanos Versus Segurança Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

DA SILVA, Jorge - Criminalidade crítica: Segurança e Polícia. Rio de Janeiro: Forense, 2ª. Ed., 2008;

ROGEIRO, Nuno - Da Investigação criminal e de outras coisas: em redor de um livro útil. Modus Operandi. Portugal: Revista da ASFIC/PJ N. 1, p.16/20 - Janeiro/Março, 2007;

PINTO, Rui: Fazem perigar o funcionamento das polícias e da democracia. Modus Operandi – Portugal: Revista ASFIC/PJ, nº1, p.12/15 -Janeiro/Março, 2007;

BBC News: Jacarezinho: o que sabe sobre a operação policial que deixou 28 mortos no Rio, disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57015948>, acessado em 15/9/21;

Os Debates na Alemanha: Adenauere e a “água suja”, 19.10.1953 -<https://www.publico.pt/culturaipsilon> - disponível em <https://www.publico.pt/2006/09/10/jornal/os-debates-na-alemanha-97024>, acessado em 15/9/21;

Exposição de motivos do Decreto-Lei nº3.689 de 03 de outubro de 1941 – Honoris Causa – disponível em [https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf) - acessado em 21/9/2021;

Exposição de motivos nº 212, de 9 de maio de 1983 do Senhor Ministro de Estado da Justiça - Câmara dos Deputados - disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html> acessado em 23 de setembro de 2021;

JUNIOR, João: O sistema acusatório no processo penal brasileiro e a adoção do modelo inquisitorial system na gestão da prova pelo juiz - [ambitojuridico.com.br](http://ambitojuridico.com.br). Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-sistema-acusatorio-no-processo-penal-brasileiro-e-a-adocao-do-modelo-inquisitorial-system-na-gestao-da-prova-pelo-juiz/amp/>, acessado em 23/9/21;

GOMES, Luiz Flávio; SCLiar, Fábio: Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia – [iusbrasil.com.br](http://iusbrasil.com.br) - disponível em <https://ifg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>, acessado em 23/9/21;

CASTRO, Henrique: Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais - [conjur.com.br](http://conjur.com.br) - disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>, acessado em 23/9/21;

Exposição de Motivos nº 014/2019 do MJSP – [planalto.gov.br](http://planalto.gov.br) - disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projets/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projets/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm), acessado em 23/9/21.

## NEUROCIÊNCIA E O COMPORTAMENTO CRIMINOSO: IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO PENAL

*Data de aceite: 01/03/2022*

*Data de submissão: 28/10/2022*

### **Pablo Martins Bernardi Coelho**

Pós-doutoramento em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Doutor em História Política pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP/Franca. Professor do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG

<http://lattes.cnpq.br/0584374185581812>

### **Ana Beatriz Camargo**

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais- UEMG, Unidade Frutal. Pesquisadora do Centro de Estudos Interdisciplinares de Direito e Inovação- CEINDI da UEMG. Estagiária da 2ª Vara Criminal da Comarca de Olímpia-SP

### **Marcella Ubeda Lui**

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais- UEMG/ Frutal. Membro do Centro de Estudos Interdisciplinares de Direito e Inovação-CEINDI. Projeto de Iniciação Científica sobre Obsolescência Programada, núcleo (Des) Envolvimento. Estagiária na Delegacia de Plantão (Bebedouro-SP)

<http://lattes.cnpq.br/1779821961432316>

**RESUMO:** O presente artigo tem como finalidade contribuir e ampliar os conhecimentos sobre a influência das novas ciências, especificamente a neurociência, e em quais pontos esses estudos

interferem na imputabilidade penal a respeito de pessoas com psicopatia. Nesta pesquisa, objetivou-se conceituar a neurocriminologia, como sua atuação e a diferenciação da psicopatia a respeito das doenças mentais, principalmente a sua relação com a aplicação do princípio da inimputabilidade no caso de condutas criminosas e quais seriam as penalidades possíveis. Nesse artigo, também, foi realizado um paralelo do sistema punitivo brasileiro com o de outros países a respeito de penalidades para criminosos com condições mentais adversas, com exemplos de casos concretos ao redor do mundo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neurocriminologia. Psicopatia. Imputabilidade. Neurociência. Sistema Punitivo.

### NEUROSCIENCE AND CRIMINAL BEHAVIOR: IMPLICATIONS FOR CRIMINAL LAW

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to contribute to and expand knowledge about the influence of new sciences, specifically neuroscience, and at what points these studies interfere in criminal liability for people with psychopathy. In this research, the objective was to conceptualize neurocriminology, as its performance and the differentiation of psychopathy in relation to mental illnesses, mainly its relationship with the application of the principle of non-imputability in the case of criminal conduct and what would be the possible penalties. This article also draws a parallel between the Brazilian punitive system and that of other countries regarding penalties for criminals with adverse

mental conditions, with examples of concrete cases around the world.

**KEYWORDS:** Neurocriminology. Psychopathy. Imputability. Neuroscience. Punitive System.

## 1 | INTRODUÇÃO

Uma nova reflexão é necessária em pleno século XXI, a partir de novas ideias, percepções e estudos, conforme o surgimento de novas ciências, ressaltando a neurociência. Principalmente acerca de estudos biológicos que faz-se indispensável investigar as influências e estímulos ao cérebro humano, nos casos de lesões, alterações no desenvolvimento ou de funções cerebrais e até quais casos a imputabilidade pode ser aplicada sem que haja falhas no sistema judiciário.

Em primeiro lugar, devemos ressaltar a evolução do conceito de criminologia, visto que antigamente eram responsáveis apenas observações empíricas, objetificando o crime, autor, vítima e sociedade. O pensamento, assim como a sociedade, está constante mudança e inovação, o pensamento moderno baseava-se em conceito, mundo e mente. Já as neurociências alteram essa percepção para o corpo humano, ambiente e, principalmente para o cérebro, levando em consideração as mutações químicas, biológicas e psicológicas.

No que tange ao Direito Penal, essas novas ciências vêm trazendo variadas implicações e refutando cláusulas, sobretudo a respeito da culpabilidade e penalidade. A neurociência vai analisar o cérebro e o comportamento desses indivíduos que cometem crimes, principalmente a questão dos psicopatas serem imputáveis ou não, e como deveriam cumprir suas sentenças, de acordo com suas condições, fazendo-se necessário a adequação dos sistemas penitenciários no Brasil.

O objetivo dessa pesquisa, é, essencialmente, de investigar e analisar conceitos atuais, no que diz respeito às neurociências, e também a análise acerca das pessoas portadoras de psicopatia e pessoas com doenças mentais em situações criminosas. Ademais, objetiva-se a inspeção do conceito de imputabilidade e suas implicações com as neurociências

A metodologia aplicada para esta pesquisa, utilizou-se da consulta de doutrinas, artigos e documentários de pesquisas de autores renomados e especializados no tema; além do bibliográfico, para fins de análise e coleta de dados. Além disso, foi utilizada a análise qualitativa do Código Penal e da jurisprudência a respeito do tema, para o desenvolvimento do presente artigo.

Por tanto, faz-se necessário o estudo aprofundado da neurocriminologia e uma análise específica sobre todos os pontos a respeito da diferenciação das condições mentais adversas dos criminosos, além da inclusão ou não de pessoas com psicopatia no princípio da imputabilidade, e conseqüentemente, como o sistema punitivo brasileiro se flexibilizaria para as medidas penais serem aplicadas sob esse parâmetro, sem que haja injustiças ou inconstitucionalidade.

## 21 NEUROCRIMINOLOGIA: A NOVA ERA DA CRIMINOLOGIA

A neurocriminologia é uma nova disciplina usada para casos de violência, a fim de aplicar as técnicas da neurociência manuseadas à compreensão da causalidade envolvida nos crimes. Por que pessoas nascem já predestinadas a se tornar criminosos? Esta pergunta é respondida por etapas sociais e biológicas, tratadas pelo indivíduo ligadas a sua genética e ao meio em que vive (SANTOS, Haroldo; FILHO, Marcelito; REIS, Karina et al, 2018, p. 09).

Os criminosos e psicopatas têm um baixo funcionamento da amígdala na estrutura cerebral (altamente implicada na manifestação de reações emocionais e conteúdo de aprendizagem emocional). Com o centro emocional reduzido em cerca de 18% em relação ao restante da sociedade, o indivíduo passa a não sentir medo, quebrando normas e regras, sem receio das punições (SANTOS, 2018, p. 62).

Já no estudo de homens agressivos, que almejam de sua força em relacionamentos, suas amígdalas são ativas, usufruindo de reações exageradas por estímulos leves, mas o córtex pré-frontal não se move como o desejado, sendo a área que regula as emoções, não obtendo o mecanismo necessário para controlá-las (SANTOS, 2018, p.62).

Com isso, observa-se que problemas nas áreas cerebrais levam a comportamentos diferentes, no qual decisões morais e pensamentos nas regras é o freio que impede a tomada de decisões que culminam em práticas criminosas, todavia isso não transforma em psicopatas e criminosos, pois sabem o que é certo e errado na sociedade, apenas não têm o domínio das emoções para refrear seus impulsos.

Fatores sociais, tais como pobreza, desemprego, preconceitos, maus tratos, má educação e habilitação afetam o ser humano, transformando isso em fatores biológicos. Nesta perspectiva, o magistrado deverá obter informações sociais do criminoso e de seu diagnóstico médico, para instruí-lo da melhor forma e proteger a sociedade em sua volta, se for o necessário.

Com base nas pesquisas do criminologista Cesare Lombroso (1835-1909), afirmava-se que os criminosos não eram natos, mas os delinquentes (psicopatas) eram natos e, aplicar pena para eles seria inútil. Seu conceito é estabelecido por criticar a Escola Clássica, movendo mudanças sobre o delito. Seu ônus para a Criminologia foi à teoria sobre “homem delinquente”, na qual abrangeu a análise de mais 25 mil detidos de prisões europeias. Utilizando o método empírico-indutivo, o positivismo criminal de Lombroso buscava analisar os fatos e explicar o crime conforme a esquelha científica.

Lombroso analisa o delinquente nato usufruindo da hereditariedade, com bojo de características físicas e morais, que são observados os desdouros degenerativos comportamentais, sociais e psicológicos que retrocedem a comportamentos semelhantes de animais, plantas e tribos primitivas selvagens. (LOMBROSO, 2010, p. 43-44)

### 3 | O PSICOPATA E A IMPUTABILIDADE PENAL

O conceito de imputabilidade penal, interpretado pela jurisprudência brasileira, é a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato que foi consumado, ou seja, é a condição que possui o agente de sofrer a aplicação de pena de acordo com sua capacidade de compreensão e autodeterminação em relação ao fato. Nesse sentido, “imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível. Constitui, como sabemos, um dos elementos da culpabilidade” (ANÍBAL BRUNO, p. 39).

O artigo 26, caput e parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, cita a não penalização ou redução de pena daqueles indivíduos portadores de doença mental, ou com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que em teoria, lhes retiraria a aptidão para reconhecer o caráter ilícito de suas condutas. Faz-se necessário que o indivíduo tenha condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber a gravidade de seus atos. Ainda nessa questão de imputabilidade, é incluída a menoridade, embriaguez completa e dependência de tóxicos.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, são as patologias mentais consideradas graves, a esquizofrenia, epilepsia, paranoia, demência, entre outras. (NUCCI, 2016, p.262). Esses indivíduos, após um processo pericial e judicial, se forem declarados inimputáveis, terão absolvição imprópria com aplicação de certa medida de segurança, que via de regra impõe sua internação para tratamento psiquiátrico, o criminoso não está sujeito a um prazo para privação de sua liberdade, de acordo com o artigo 97 do Código Penal “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial” (NUCCI, 2016, p.520).

Para a avaliação da imputabilidade penal, são utilizados três critérios básicos, sendo eles o critério psicológico, o critério biológico puro, o critério misto, e o biopsicológico. A teoria adotada no Brasil, em regra, para a análise dos casos de doenças mentais ou desenvolvimento retardado, é a biopsicológica, que necessita de prova pericial psiquiátrica que prove a incapacidade de percepção. Pois a imputabilidade é uma atribuição pericial, e consequentemente, se diferencia de responsabilidade sendo uma atribuição judicial. Sua exceção é a adoção do critério biológico puro para a avaliação do menor de 18 (dezoito) anos, não se discute o critério psicológico neste caso.

A grande questão acerca disso, é sobre os portadores de psicopatia, que segundo especialistas têm carência de um mecanismo interno, que em indivíduos saudáveis, os permitem sentir emoções como tristeza, empatia, piedade, remorso, entre outras, mesmo que essas dores sejam causadas por suas condutas. Seria essa questão mental que atenua a capacidade de autocontrole e noção perante crimes?

Existem pesquisas sobre a capacidade da psicopatia ser igualada às doenças

mentais com a aplicação da imputabilidade, quando humilham, agridem, violentam ou tiram a vida de outras pessoas. Para a visão literária psiquiátrica, a psicopatia não se restringe apenas propulsionando crimes contra integridade física, mas também se faz presente em crimes financeiros ou de ludíbrio da fé pública para fins de enriquecimento.

As características de um psicopata são senso grandioso de autoestima, falta de empatia, remorso ou qualquer emoção consigo ou outros, vida parasitária, impulsividade e também possuem muitos gestos violentos em questões superficiais. A psicopatia, segundo estudos, surge nos indivíduos desde crianças, devido ao modo de vida, meio social e familiar, modificando o modo de pensar e agir destes, e a regularidade da psicopatia na sociedade é duas vezes mais frequentes do que a esquizofrenia, paranoia e anorexia.

De acordo com esse leque de ideias, é colocada em discussão a pauta sobre a psicopatia ser considerada imputável, por tentarem a incluir na classificação de uma doença mental que retira a percepção do indivíduo, conforme o artigo 26 do Código Penal. Porém, de acordo com a literatura psiquiátrica, essas pessoas portadoras de psicopatia usufruem de sua condição para executarem crimes a sangue frio, depois utilizam de suas habilidades de manipulação e ludibriação para serem absolvidos de pena.

A pesquisa mais alarmante foi realizada no Canadá, em que foram analisados 231 presos, que após nove meses livres, mais da metade do grupo portadores de psicopatia teriam sido novamente presos, e após três anos, aproximadamente 80% deles tiveram reincidência de crimes. Seguindo esse raciocínio, os psicopatas são impulsivos, mas não passionais, eles preparam minuciosamente suas ações e as cometem quando julgam ideal, conseguem administrar suas emoções as canalizando para o crime. Os psicopatas anseiam por causar dor, seja ela financeira, atuando em crimes de estelionato ou fraudes, como também através de crimes violentos, por exemplo o homicídio, sequestro, estupro e tortura, além de serem cuidadosos com a limpeza e desova dos corpos após o crime ser consumado. Concluindo, pessoas com doenças mentais não são capazes de se organizarem cuidadosamente nem de articular todo um processo em suas cabeças como os psicopatas fazem, então essa condição não afeta sua aptidão psicológica de discernimento e compreensão de suas condutas na ordem social e as consequências na ordem jurídica, sendo eles não só perigosos, mas sim culpáveis e responsáveis pelos seus atos delituosos.

### **3.1 Adequação nos sistemas punitivos**

O Sistema Punitivo Brasileiro encontra-se desenvolvido em hierarquizações constantes, postulando infrações penais como: (a) crime, (b) contravenção penal, (c) ato infracional e (d) uso de substância entorpecente. Classificando-as, Infrações insignificantes, infrações de menor potencial ofensivo, infrações de médio potencial ofensivo, infrações graves e infrações etiquetadas. A Lei 9.099/95 inovou o sistema punitivo, incorporando as medidas despenalizadoras, além de outras providencias no que incita infrações de menor potencial ofensivo.

A Crise Penitenciária Mundial reflete-se no Brasil, a pena de prisão, segundo vozes autoritárias é escassa. Mas continua sendo a resposta penal, reservada a criminalidade violenta. Segundo a lei referida, propicia uma vasta opção, abordando a não aplicação concreta da lei, como também a inviabilização do processo penal ordinário.

Relacionando tais dados ao comportamento psicopata, pegamos como princípio a lei 10.216/2001, ao ler o paragrafo 2º, analisa-se que a reforma psiquiátrica não alcançou os hospitais de custódia, acarretando descaso, segundo a antropóloga Débora Diniz. Expondo que o tempo mínimo do período de internação seria de um a três anos, para depois realizar o exame de cessação de periculosidade anualmente, até identificar melhora no quadro do paciente.

Com um sistema penitenciário escasso, a dificuldade de magistrados e operadores da lei em lidar com quadros de psicopatia mesmo com estudos existentes, incluindo níveis de psicopatias e, o judiciário não levar em consideração, boqueja injustiça e impunidades. Isto é fruto de uma Constituição e Código Penal paralelo, não levando em conta a necessidade de cada ser humano e administrando de forma incoerente os eventuais crimes.

Para adequações nos sistemas punitivos, o Código Penal e Constituição devem ser reformados para a sociedade atual do século XXI, não logram mesmo valores e culturas, o ser humano esta em constantes mudanças e a lei, principalmente para um Sistema Democrático de Direito, ressalta a importância de cada cidadão, devendo-lhe prestar acesso a segurança, educação e saúde básicas com o propósito de educar para prevenção ao crime e criminoso (sociopatas).

Para a psicopatia, devem-se ter visão individualizada, para a criação de leis próprias para facilitar a diferenciação legal entre criminosos psicopatas e não psicopatas procedimentos como PCL-R, internações e celas isoladas devem ser levadas em exalçamento.

### **3.2 Níveis de Psicopatia em casos concretos e Penalidades aplicadas**

Conceituando, o psicopata é aquele indivíduo portador de transtorno de personalidade. A psicopatia incide nos indivíduos em diferentes graus de gravidade, de acordo com seu desenvolvimento pessoal, social, familiar e moral. O transtorno não está apenas ligado à violência, mas também se conecta à apreciação por causar danos indiretamente às pessoas, como danos financeiros, intelectuais e morais, como já citado.

A complexidade da psicopatia transcende todos os estereótipos superestimados pelas mídias e pessoas. Em 2013, na revista *Journal Of Forensic Science*, foi publicado um estudo que identificava a imagem do personagem fictício Hannibal Lecter como uma imagem de psicopata pouco realista, ao contrário do que muitos têm em sua concepção, pois, o personagem foi colocado como um “psicopata de elite” que exhibe altos níveis de inteligência e modos sofisticados na atuação de crimes, como um super-humano, que na realidade sabemos o quão fictício essa imagem é.

A respeito dos graus dos crimes, por psicopatia ou não, existe uma escala com 22 (vinte e dois) níveis chamados “o índice da maldade”, ou “Most Evil”, programa de televisão americana sobre investigação forense do canal Discovery Channel, estrelado pelo psiquiatra forense Michael Stone, da Universidade de Colúmbia, nos EUA, com seus respectivos exemplos e as penalidades que lhes foram aplicadas ao redor do mundo. De acordo com Stone, essa escala criada avalia três pontos: o motivo, o método e a crueldade, ademais, a maldade aumenta conforme cresce a futilidade do motivo, a violência, e agravantes como número de vítimas, tempo de tortura e perversão sexual. A escala varia do nível 1: “Pessoas normais que matam apenas em legítima defesa”, até o nível 22: “Psicopatas assassinos e torturadores em série”, que representa o máximo que a perversidade humana pode chegar. (STONE, 2006).

No nível 1 (um) dessa escala, estão classificadas as pessoas que cometem algum homicídio em defesa própria; no nível 2 (dois) estão aqueles que cometem homicídios motivados pelo sentimento de ciúmes (passionais); no 3 (três) estão os indivíduos com um forte distúrbio de personalidade limítrofe que matam com a desculpa de autodefesa baseada em fatos distorcidos; o nível 4 (quatro) está representado pelas pessoas que provocam outra pessoa até serem agredidos e depois a matam sob o pretexto de autodefesa; o nível 5 (cinco) é sobre as pessoas traumatizadas e desesperadas que cometem homicídio e após o crime sentem remorso; o nível 6 (seis) pertence àqueles que matam com violência elevada, mas não possuem nenhum tipo de comportamento psicopata, são assassinos impetuosos mas não psicopatas; no 7 (sétimo) nível estão as pessoas extremamente narcisistas que matam movidas por ciúmes, criam uma fantasia passional; no nível 8 (oito) estão os sujeitos não psicopatas com raiva, ou traços de depressão, e matam após uma descarga de estresse.

A partir do nível 9 a crueldade já mostra indícios claros de psicopatia recorrente que só vão se agravando em cada criminoso, neste nível estão os criminosos passionais com traços de psicopatia, como exemplo *Betty Broderick*, uma socialite de San Diego, Califórnia. Em 1989, quando se separou de seu marido e o mesmo se casou com outra mulher, Betty não suportou a situação e após diversos ataques de ciúmes, ela invadiu a casa do ex-marido e matou ambos a tiros enquanto dormiam. Betty Broderick foi condenada a 32 anos de prisão.

Seguindo a escala de psicopatia, o nível 10 (dez) apresenta os as pessoas, com traços de psicopatia, que matam pessoas que são obstáculos para um objetivo, como exemplo *Robert Chambers*, Nova York, 2018. Alcoólatra, com problemas de aprendizado e cleptomania, Robert roubava sempre sob efeito de drogas e álcool. Por ter boa aparência, se dava bem com a mulherada, mas após ser descoberto por Jennifer Levin, uma das garotas com quem saía, roubando dinheiro de sua bolsa, Chambers a estrangulou e a atacou sexualmente. Depois de 15 anos de sentença, foi solto em 2003.

Do nível 11 (onze) em diante o número de vítimas começa a crescer. Esse nível é

ocupado pelos assassinos que matam quem invadem seus caminhos, tanto desconhecidos, quanto familiares.

O nível 12 (doze) pertence aos psicopatas com sede de poder que matam quando se sentem ameaçados. *Jim Jones*, fundador e líder de uma seita, nas Guianas, em 1978, ele é um típico megalomaniaco – quando sente que sua posição está ameaçada, faz o possível para manter o controle da situação. Depois de fundar dois templos religiosos, Jones montou uma comunidade na Guiana, e quando perdeu o apoio de alguns dos políticos, envenenou mais de 900 pessoas, incluindo crianças. Jones acabou se suicidando junto com seu grupo. Sobre o caso, existe um fascinante documentário na Netflix chamado “Wild Wild country”.

No nível 13 (treze) estão os psicopatas que matam motivados pela raiva de personalidade bizarra e violenta, um exemplo é o assassino *Richard Speck*, um marinheiro sem sentimentos de Chicago. No ano de 1966, Richard fazia parte de um grupo de psicopatas egocêntricos que agiam violentamente quando explodem, sem sentir um pingão de remorso por suas vítimas. Após se embriagar em uma taverna, ele estuprou uma mulher e se encaminhou para um dormitório de estudantes, onde sequestrou e manteve reféns oito estudantes de enfermagem – todas mortas por estrangulamento ou facadas. Richard foi condenado à prisão perpétua e morreu de ataque cardíaco, ainda preso, em 1991. O 14º nível está representado os psicopatas egocêntricos que matam em benefício próprio, são cruéis, autocentrados e manipuladores, capazes de planejar esquemas altamente elaborados e montá-los para apenas beneficiarem a si mesmos.

No nível 15 (quinze) estão os psicopatas que têm ataques de psicopatia que ocasionam múltiplos assassinatos. Um exemplo foi Charles Starkweather, Nebraska, 1958. Ele, após de matar um rapaz de 21 anos com um tiro de espingarda à queima-roupa e não ser pego, Charles começou a ficar com mais vontade de matar, até que em uma discussão violenta com a família de sua namorada, Caril, o rapaz matou os pais e a irmã de Caril. O casal fugiu e fez mais seis vítimas no caminho, todas com mortes violentas – estrangulamentos, tiros e facadas. Starkweather foi executado. Caril, condenada à prisão perpétua, saiu depois de 17 anos.

O nível 16 (dezesseis) pertence aos psicopatas que cometem atos com requinte de violência, em intervalos longos, um exemplo foi o Dr. Michael Swango, EUA e Zimbábue, de 1983 a 1997. Dr. Swango ficou conhecido pelo grande número de assassinatos sem ser pego e pelas mudanças constantes na sua região de atuação. Ele se formou em medicina em 1983 e, durante a residência, suspeitava-se que injetava substâncias desconhecidas nos pacientes. Temendo ser processado, Michael mudou de hospital e continuou suas atividades, pois tinha uma fascinação mórbida por vítimas de acidentes graves. Acabou preso e condenado à prisão perpétua.

No nível 17 (dezessete) temos os psicopatas, assassinos em série com perversões sexuais, como exemplo, o famoso serial killer Tedy Bundy, quando criança, torturava animais e sofria de bullying na escola, onde se revelou um ótimo aluno com apetência para

a psicologia e aprendeu a melhor forma de abordar as suas vítimas – sempre mulheres jovens que atraía em parques e estabelecimentos de ensino. Então empurrava-as para o carro, algemava-as, agredia-as violentamente e violava-as antes de as estrangular. O Anjo da Morte foi condenado à pena de morte pelos mais de 30 homicídios que cometeu.

No 18º nível estão os psicopatas torturadores, nestes casos é o homicídio a principal motivação dos criminosos, que se comprazem em torturar as suas vítimas por um período de tempo relativamente curto antes de matá-las. Um exemplo disso, foi o assassino em série americano conhecido pelos requintes de malvadez foi Jerome Brudos, que torturava sempre as mulheres que apanhava (ele próprio vestido de mulher) antes de matá-las, calçar saltos altos e satisfazer-se sexualmente. Além do fetiche por sapatos femininos e roupa interior que tirava às vítimas, ele guardava outros troféus: o pé esquerdo da primeira mulher morta, que usou como modelo para o calçado que roubava, e dois pares de seios amputados que serviam como pisa-papéis.

O 19º nível é ocupado pelos psicopatas sem assassinato, que não só fazem terrorismo como intimidam, subjagam e estupram as suas vítimas com requintes de sadismo. No entanto, não chegam a tirar-lhes a vida no final.

No 20º nível estão os assassinos torturadores com personalidades psicóticas, é essencialmente isso que distingue o nível 20 do 18: a tortura incita os criminosos, mais do que o próprio homicídio, mas são considerados indivíduos doentes que sofrem de psicoses distintas e, como tal, não responsáveis pelos seus atos.

O nível 21 (vinte e um) pertence aos torturadores extremos, os quais não matam quem lhes vai parar às mãos, embora se certifiquem de que a pessoa sofre a sério, sujeita a tortura extrema até aos limites do que é humanamente possível aguentar. Esses indivíduos não matam por terem pena, mas para poderem repetir o ato. Foi o caso do sequestrador e maníaco sexual, Cameron Hooker, que em 1977 na Califórnia, ele casado com Janice, com quem tinha um acordo sinistro: ele poderia ter uma escrava, com quem não teria relações sexuais, mas faria “brincadeiras”. E assim foi feito, o casal sequestrou Colleen Stan, uma garota de 23 anos, que era mantida em uma caixa debaixo da cama 22 horas por dia, além de sofrer pressão psicológica. Janice se revoltou e entregou o marido quando ele disse que queria mais cinco escravas. Hooker foi condenado a 104 anos de cadeia.

Por fim, o nível 22 (vinte e dois) considerado o mais cruel, pertence aos psicopatas torturadores assassinos, em que o criminoso tortura violentamente as vítimas por um longo período de tempo e depois acaba com elas sem dó nem piedade. Na maior parte dos casos, o crime tem uma motivação sexual por trás, ainda que inconsciente. Tornou-se um dos casos mais frustrantes para a investigação criminal portuguesa por nunca se ter chegado a saber quem foi o Estripador de Lisboa, comparado a Jack o Estripador, quando matou três prostitutas da forma mais hedionda possível, entre 1992 e 1993, e desapareceu. Todas pequenas, franzinas, soropositivas, toxicodependentes, morenas e de nome Maria, as vítimas foram evisceradas e estripadas ainda vivas, estranguladas no local

onde trabalhavam e retalhadas. É considerado o serial killer mais maligno do país.

O Brasil, assim como demais países do mundo, não ficam de fora na questão de combaterem psicopatas serial killers. Um dos casos analisados pela criminóloga e escritora brasileira, Ilana Casoy, foi de Pedro Rodrigues filho, mais conhecido por Pedrinho Matador, acreditava ter mais de 100 mortes em seu currículo de matador, no entanto, a Justiça o condenou por 18 homicídios a mais de 128 anos de prisão. A primeira vez que sentiu vontade de matar foi aos 13 anos de idade. Segundo ele, só morria em suas mãos “quem merecia” e foi sob essa alegação que Pedrinho matou o próprio pai. O pai de Pedrinho havia assassinado sua mãe com 21 facadas, e ele, então, matou seu pai, preso na mesma cadeia que ele, com 22 facadas, arrancando um pedaço do seu coração e o mastigando para selar a vingança. Na prisão, ele foi um dos maiores matadores que já existiu. Durante uma emboscada, Pedrinho conseguiu improvisar uma faca e matar 5 presos, além de ferir outros dois.

## 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contribuição do presente artigo reforça a necessidade de uma reforma específica na legislação, pois o Direito Penal Brasileiro se dá por insuficiente ao abarcar esse desenvolvimento de forma tão ampla, quanto é necessário. A reflexão obtida é a respeito do novo conceito de criminologia (Neurocriminologia) abrangendo estudos biológicos e sociais para melhor entendimento do problema da criminalidade do ser humano e qual o presente motivo para alguns indivíduos serem considerados psicopatas, e principalmente, a questão da punibilidade de condutas causadas por esses indivíduos em questão.

O objetivo é introduzir o PCL-R e conseguir relatar de forma concisa quais os benefícios e limitações para estudos futuros. No artigo há a diferenciação entre a existência de criminosos natos, aqueles que possuem algum desenvolvimento anormal no cérebro, e os criminosos “comuns”, sob a visão do princípio da imputabilidade, podendo mudar, conseqüentemente, a aplicação das sanções punitivas em casos concretos.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DARKSIDE, 5 SERIAL KILLERS BRASILEIROS SANGUINÁRIOS. SÃO PAULO, 2020. Disponível em: <https://darkside.blog.br/5-serial-killers-brasileiros-sanguinarios/>

FILHO, Nelson; TEIXEIRA, Marco; ALMEIDA, Rosa. Estrutura fatorial da escala Psychopathy Checklist-Revised (PCL-R): uma revisão sistemática. Itatiba, 2014. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-04712014000200012](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712014000200012)

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Tradução: Sebastião José Roque. 2. Reimpressão. São Paulo: Ícone, 2013: [https://www.iconeeditora.com.br/pdf/181164742homem\\_delinquente.pdf](https://www.iconeeditora.com.br/pdf/181164742homem_delinquente.pdf)

MOUZO, Jessica. **Assim é o cérebro de um psicopata**. Barcelona, 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/13/ciencia/1544726930\\_213001.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/13/ciencia/1544726930_213001.html)

NUCCI, Guilherme. **Código Penal Comentado**, 2016.

RIBEIRO, Lane. **Direito Comparado na prática: EUA X Brasil**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48524/direito-comparado-na-pratica-eua-x-brasil>

SANTOS, Haroldo; FIALHO, Marcelito; REIS, Karina et al. **NEUROCIÊNCIA E O COMPORTAMENTO CRIMINOSO: IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO PENAL**. Santos, 2019. Disponível em: <https://www.unaerp.br/documentos/3396-rci-neurociencia-e-o-comportamento-criminoso-implicacoes-para-o-direito-penal-06-2019/file>

SANTOS, Haroldo. **Neurociência e o comportamento criminoso: Implicações para o Direito Penal**. Bertioga, 2018. Disponível em: <http://fabemrevista.com.br/material/vol8/05.pdf>

VINHAS, Rafael. **Transtorno de conduta: a necessidade de legislação específica aplicada ao psicopata**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38420/transtorno-de-conduta-a-necessidade-de-legislacao-especifica-aplicada-ao-psicopata>

## A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ENTRE CASAIS MILITARES E A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS PROTETIVOS DO DIREITO CASTRENSE

*Data de aceite:* 01/03/2022

*Data de submissão:* 05/02/2022

**Jeferson Agenor Busnello**

Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e  
Letras de Cornélio Procópio  
<http://lattes.cnpq.br/4266868682040446>

**RESUMO:** O presente estudo é de abordagem qualitativa e caráter explicativo-bibliográfico, com conhecimento voltado para o ramo do Direito Penal e Penal Militar, fundamentando-se em legislações e artigos científicos, bem como Greco, Lobão e Nucci. Apresenta-se um breve histórico da violência contra a mulher e sua evolução no mercado de trabalho, não sendo diferente seu progresso nas instituições militares. Tem como objetivo o estudo das relações interpessoais, evidenciando o crime de violência doméstica entre casais militares, sendo estes tanto sujeito ativo quanto passivo do delito. A questão norteadora discute qual legislação de nosso ordenamento jurídico se aplica para a resolução da conduta criminosa configurada, haja vista existir o conflito de normas? Indaga-se, fazer uso da Lei 11.340/2006, para julgamentos na Justiça Comum, ou o Decreto Lei 1.001/1969, passando a apreciação para a Justiça Militar Estadual ou Federal. Foram consideradas 3 teorias para a resolução desse conflito, sendo que a primeira considera tal violência doméstica crime militar, em razão da ofensa à instituição militar; a segunda declara ser crime comum, por envolver questões

personais ou privadas, inerentes ao íntimo do casal, e a terceira quando a violência ultrapassa os limites do ambiente doméstico, atingindo a instituição sendo considerado crime militar impróprio, bem como das medidas protetivas e assistenciais de urgência contidas na Lei 11.340.

**PALAVRAS-CHAVE:** Casal Militar, Crime Militar; Lei; Mulher; Violência doméstica.

### DOMESTIC VIOLENCE BETWEEN MILITARY COUPLE AND THE APPLICATION OF INSTITUTES PROTECTIVE OF CASTREN'S LAW

**ABSTRACT:** The present study has a qualitative approach and explanatory-bibliographic character, with knowledge focused on the field of Criminal Law and Military Penal, based on legislation and scientific articles, as well as Greco, Lobão and Nucci. A brief history of violence against women and its evolution in the labor market is presented, its progress in military institutions being no different. Its objective is the study of interpersonal relationships, highlighting the crime of domestic violence between military couples, who are both active and passive subjects of the crime. The guiding question discusses which legislation of our legal system applies to the resolution of the configured criminal conduct, given that there is a conflict of rules? It is asked whether to make use of Law 11.340/2006, for judgments in the Common Justice, or Decree Law 1.001/1969, passing the appreciation to the State or Federal Military Justice. Three theories were considered for the resolution of this conflict, the first considering such domestic violence a military crime, due to the offense to the military

institution; the second declares it to be a common crime, as it involves personal or private issues, inherent to the couple's intimacy, and the third when the violence goes beyond the limits of the domestic environment, reaching the institution being considered an improper military crime, as well as the protective and assistance measures of urgency contained in Law 11.340.

**KEYWORDS:** Military couple, Military Crime; Law; Woman; Domestic violence.

## 1 | INTRODUÇÃO

A cada dia as mulheres conquistam um maior espaço na sociedade, isso não seria diferente nas instituições militares, onde se torna cada vez mais numerosa a participação delas neste ambiente. A partir disso tornou-se comum militares terem relacionamentos afetivos, contraírem matrimônio, e é inegável como em qualquer tipo de relacionamento haver discordâncias, podendo acarretar em situações de violência.

O tipo de violência abordada é a violência de gênero, retratada na violência doméstica, a qual atinge todas as mulheres que se encontram em condições de vulnerabilidade, independe de sua classe social, etnia, idade, grau de instrução, orientação sexual, raça, religião e situação econômica. É um tipo de violência vasta e alcança todas as formas, seja ela física, psicológica, moral, sexual e patrimonial. Para um aprofundamento na compreensão dos aludidos conceitos de violência doméstica se fez uso de uma abordagem qualitativa.

Segundo Minayo (2010, p. 57), a pesquisa qualitativa se conceitua como:

O método qualitativo pode ser definido como estudo das variações culturais de um povo, podendo ser baseado em relações humanas, representações, crenças, percepções e opiniões, tendo como parâmetros os estudos e estatísticas de como os humanos vivem, constrói seus artefatos.

Diante de tal situação, faz-se necessário conceituar crime militar, bem como apontar a existência do crime militar impróprio, além de discorrer sobre a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha (LMP) e sua finalidade. No que diz respeito à proteção da mulher militar, qual legislação de nosso ordenamento jurídico se aplica para a resolução da conduta criminosa configurada no Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, denominado Código Penal (CP), sendo competência da Justiça Comum, ou do Decreto-lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, denominado Código Penal Militar (CPM), e assim a alçada ser da Justiça Militar? Há possibilidade da mulher militar invocar perante a Justiça Castrense as medidas protetivas apresentadas na LMP.

Para melhor compreender tais legislações se faz indispensável o uso da pesquisa explicativa.

De acordo com Gil (2007) a pesquisa explicativa seria: *“Este tipo de pesquisa preocupa-se em identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos”*.

Para um mais equilibrado entendimento, e com o intuito de solucionar o conflito entre as normas, informações quanto às três teorias aplicadas nos casos de violência doméstica entre casais de militares foram angariadas por meio da pesquisa bibliográfica, consultando e analisando as referências teóricas.

Para Fonseca (2002, p. 32) a definição de pesquisa bibliográfica é:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta.

Ao ser analisado a aplicabilidade da LMP, nos casos que envolvem casais militares, vemos que esta é realizada por uma analógica benéfica, haja vista a lei afirmar com clareza que toda mulher, sem qualquer discriminação, gozará de direitos fundamentais lhe assegurado a oportunidade para viver sem violência.

## **2 | A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Inicialmente, as civilizações contavam com a supremacia masculina, e por serem dominadores, os homens criavam leis e religiões que defendiam esses interesses, muitas vezes tendo como resultado a violência contra a mulher.

A dominação do homem em relação à mulher remonta de milhares de anos atrás. Muitos acreditam que foi a primeira forma de opressão no mundo. A luta feminista contra essa opressão é considerada relativamente nova, sendo creditada ao século XVII o seu início (COSTA; SARDENBERG, 2008, p. 23).

O sistema patriarcal que se desenvolveu ao longo dos anos, com domínio dos pais e maridos, tinha como ideologia a fragilidade e a inferioridade das mulheres, procurando enfatizar sempre o papel feminino nas tarefas domésticas e procriação.

Sobre o patriarcado Therborn (2006, p.29), esclarece:

O patriarcado tem duas dimensões intrínsecas básicas: a dominação do pai e a dominação do marido, nessa ordem. Em outras palavras, o patriarcado refere-se às relações familiares, de geração ou conjugais – ou seja, de modo mais claro, às relações de geração e gênero.

Com o passar do tempo e modificação do valor do trabalho novas relações entre homens e mulheres foram sendo estabelecidas, o capitalismo trouxe a busca incessante pelo lucro, e a mulher passou a ser vista como mão de obra para as indústrias, no entanto a diferença no tratamento entre os sexos permaneciam, sendo contratadas em funções inferiores, jornadas de trabalho maior e com remuneração diminuída.

Lino (1986, p. 49) relata sobre isso:

No início do século XX, as mulheres partiram para ocupar seu espaço fora do lar. As de mais baixa renda trabalhavam como operárias nas indústrias têxteis. Surgindo daí as diferenças das condições de trabalho e dos salários entre os gêneros.

Com a ascensão do movimento feminista ficou exposto que o objetivo das mulheres era de aumentar sua participação social e política, com a finalidade de igualar juridicamente os gêneros. Chamaram a atenção para a discriminação, e noções de liberdade e de igualdade foram apresentadas.

Costa (2009, p. 54-55) nos fala sobre o movimento feminista no Brasil:

No Brasil, o movimento iniciou-se na primeira metade do século XIX, pela imprensa feminista, e as brasileiras, ocuparam, no final deste século, uma parcela significativa do mercado de trabalho. Surgiram, então, muitas organizações sindicais em favor da melhoria das condições de trabalho.

Na elaboração da Constituição Federal de 1988, diversas demandas que visavam superar a desigualdade de gêneros foram aprovadas, dentre elas as garantias constitucionais de igualdade entre homens e mulheres e a diminuição da violência doméstica. O fortalecimento da mulher no seio da sociedade brasileira permanece evoluindo, sua proteção a nível legislativo progride, prova disso é a sanção da Lei 11.340/2006.

### **3 | A LEI 11.340/2006 E SUA FINALIDADE**

A Lei nº 11.340/2006 traz em seu bojo a violência de gênero, sendo esta direcionada contra a mulher, comumente pela violência doméstica, tem como objetivo a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, como nos apresenta o seu artigo 1º.

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A conceito de violência doméstica contra a mulher se encontra no artigo 5º da referida lei.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as

esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A sociedade hoje em dia procura eliminar as mais diversas formas de violência, se voltando para a prática da inclusão social e da dignidade da pessoa humana, no entanto, quando se trata de violência doméstica vemos que este ciclo se instala de modo progressivo tendo ainda um grande número de vítimas.

Knippel; Nogueira (2010, p 120-123) expõe:

A violência doméstica, apesar de muito combatida atualmente, tem algumas características marcantes. A primeira é que ela ocorre em grande escala, no entanto, ainda hoje, muitas mulheres não denunciam o fato, sendo impossível definir quantitativamente o número de vítimas, apesar da Organização Pan-Americana de Saúde considerá-la com uma endemia pelo grande número de vítimas e pelo grande impacto que traz à sociedade.

### 3.1 Formas de violência

Existem diversas formas de violência contra a mulher, e a LMP relaciona em seu artigo 7º as formas física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Vale lembrar que esse rol apresentado não é taxativo, mas sim exemplificativo.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a **violência física**, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a **violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a **violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a **violência patrimonial**, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a **violência moral**, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

### 3.2 Medidas protetivas

As medidas protetivas apresentadas pela LMP tem a finalidade de prevenir e reprimir a violência doméstica e familiar, protegendo a vítima. dando a elas oportunidades e a possibilidade de viver sem violência, sendo preservada sua saúde física e mental.

Noletto e Barbosa (2019) nos diz o seguinte sobre tais medidas:

A medida protetiva é vista como um recurso fundamental da Lei, que sempre deve ser aplicada quando não há mais possibilidade de acatar outras opções capazes de impedir novas agressões e até mesmo o feminicídio. Além disso, é também utilizada em situações vistas como irreversíveis, onde a mulher se encontra vulnerável, esse mecanismo **objetiva interromper o ciclo de violência, gerando segurança a ofendida.**

As disposições gerais das medidas protetivas são expressas nos artigos 18 a 21, enquanto suas duas modalidades se encontram no artigo 22, a que é voltada para o agressor, e nos artigos 23 e 24 a que é voltada para a vítima.

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para o ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente;

III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

IV - determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob a posse do agressor.

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas

já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

Parágrafo único. A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação;

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga..

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

**Para Souza e Kümpel (2008, p. 88), trata-se de um rol exemplificativo, não existindo óbice para que outras ações sejam envidadas no intuito da prevenção buscada.**

## 4 | A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ENTRE CÔNJUGES MILITARES

Com o ingresso do sexo feminino na carreira militar é natural que relações interpessoais ocorram, haja vista a proximidade, maior intimidade, culminando, em alguns casos, em namoros e casamentos. A afetividade citada cede diante de conflitos e casos de violência doméstica, o que não é incomum.

Assis (2016, p. 7-8) comenta sobre o ingresso das mulheres na carreira militar:

O ingresso das mulheres na carreira militar se deu a partir de 1955, com a criação do corpo feminino da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Nas Forças Armadas, somente a partir do ano de 1980, na Marinha do Brasil. Na Força Aérea, a incorporação foi possível no ano de 1981 e, no Exército Brasileiro, em 1991.

Freua (2007, p.3) salienta que mesmo diante dos pilares das instituições militares, a hierarquia e a disciplina, seria inocente de nossa parte acreditar na inexistência de violência doméstica que envolvam cônjuges militares.

Mesmo com a rigidez da hierarquia, disciplina e da correção de atitudes na vida castrense, "seria inocência" crer na inexistência de casos de violência doméstica envolvendo cônjuges militares, exatamente pela indistinta condição de seres humanos. Por conseguinte, resultam do convívio social, no ambiente da caserna, variados conflitos nas relações interpessoais.

A Lei 6.880 de 09 de dezembro de 1980, denominada Estatuto dos Militares, nos apresenta os conceitos de Hierarquia e Disciplina, e a relevância desses no contexto militar é destacada pela Constituição Federal, em seus artigos 42 caput e 142. Segundo estes dispositivos, em tais postulados se baseia a organização das Polícias Militares, dos Corpos de Bombeiros Militares e das Forças Armadas.

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do

Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Defronte de tal situação, e da relevante gravidade, tipificadas em lei como crime, como as agressões envolvendo violência doméstica, demandam a necessária apuração, não só na esfera administrativa, sob a ótica disciplinar, mas, sobretudo, na esfera judicial. Reivindica-se a adoção das deliberações pertinentes, responsabilizando o militar envolvido no delito pela justiça competente. Contudo, a definição da legislação a ser empregada no julgamento de cada caso de violência entre esses casais militares, não constitui tarefa simples, haja vista haver o conflito de normas existentes e merecer uma análise cuidadosa por parte do órgão julgador.

## 5 I DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS

O Direito tem que ser interpretado de forma sistêmica, constituindo uma análise do ordenamento jurídico. A cerca da definição da legislação mais adequada para a questão de processo e julgamento nos casos de violência doméstica entre casais militares, é sempre uma indagação permanente. Se admiti a aplicabilidade da legislação penal comum ou da norma penal militar. Defrontando assim o conflito de normas.

A respeito desse conflito aparente Capez (2012, p.89), esclarece que:

É o conflito que se estabelece entre duas ou mais normas, aparentemente aplicáveis ao mesmo fato. Há conflito porque mais de uma pretende regular o fato, mas é aparente, porque apenas uma delas acaba sendo aplicada à hipótese.

Ao analisarmos os conflitos aparentes de normas e as técnicas utilizadas pela doutrina para solucionar tais situações compreendemos que a LMP é considerada uma lei mista, contudo é uma lei protetiva com o objetivo principal de resguardar as mulheres. Nesse sentido, ao se deparar com um caso concreto onde uma mulher militar seja agredida de forma verbal ou física por seu companheiro, também militar, surgia um conflito aparente de normas no que se refere a qual legislação aplicável, se a comum, CP ou a especial, CPM.

Com as alterações promovidas pela Lei 13.941/17 houve uma modificação no conceito de crime militar, tal definição teve reflexos de imediato na fixação da competência para processar e julgar os novos .

Lobão (2006, p. 56) nos conceitua crime militar:

O crime militar é a infração penal com previsão na Lei Penal Militar, que causa lesão a bens ou a interesses vinculados à missão constitucional dos militares, às suas atribuições, ao funcionamento e à existência de suas instituições. Principalmente a hierarquia, a disciplina, a preservação da autoridade militar e o serviço militar.

No entendimento de Cruz e Miguel (2005, p. 24) temos o conceito de crime militar

próprio e impróprio:

Aquele que só pode ser praticado pelo militar. Exemplos: deserção (artigo 187), recusa de obediência, (artigo 163), a abandono de posto artigo, 195) ” e crime impropriamente militar “aquele que previsto tanto no Código Penal Militar, como no Código Penal comum, com igual definição. Exemplos: homicídio, roubo, apropriação indébita.

Com intuito de finalizar tal conflito, a doutrina se vale de quatro princípios gerais utilizados usualmente pelos operadores do direito. São eles: especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade. Cada um com aspectos próprios que distinguem um princípio do outro.

### 5.3 A Lei 11.340/06 e o Código Penal Militar

O Direito Penal Militar, e seu caráter especial, sempre foi estudado em razão do órgão especial responsável por sua aplicação, a Justiça Militar.

Mirabete (2000. P. 26) explana sobre distinção entre Direito Penal Comum e Direito Penal Especial, afirmando que: *Só pode ser assinalada tendo em vista o órgão encarregado de aplicar o Direito objetivo comum ou especial.*

Temos fundamentado nos artigos 124 e 125 parágrafo 4º, de nossa Constituição Federal, a competência da Justiça Militar.

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Sobre relação profissional Filho (2005, p. 6) salienta:

.A relação profissional, para essa vertente doutrinária, não se confunde com as relações familiares, que envolvem afeto, amor e, certas vezes, ódio e mágoa. Assim, a legislação castrense não poderia se envolver nesta seara, devido às suas especificidades e peculiaridades

Fundamentando-se nesse pressuposto que apenas os crimes propriamente militares são crimes do Direito Penal especial, enquanto os crimes impropriamente militares, aqueles cometidos por militares ou por civis, são considerados delitos comuns, sendo sua competência de julgamento conferida às Justiças Militares pelo legislador ordinário.

## 6 I TEORIAS APLICADAS AOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ENTRE CASAIS MILITARES

Na doutrina encontramos 03 teorias distintas a respeito da ocorrência de crime no ambiente doméstico envolvendo casais militares.

De acordo com a primeira teoria qualquer fato delituoso ocorrido entre casal militar da ativa, seria crime militar, por força do art. 9º, II, 'a', do CPM, não se aplicando a Lei 11.340/2006.

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

Os adeptos dessa teoria advogam que todo caso de violência seria crime militar, de modo a impedir que a lei comum regule os crimes militares. Acredita-se que essa teoria seja de certo modo intransigente, pois nem todo fato delituoso ocorrido entre militares constitui crime militar, não se caracteriza apenas autor e vítima serem militares, devendo a ofensa ser refletida a instituição militar a qual pertencem.

Assis (2016) enfatiza:

Com efeito, levada à risca, ou seja, aceita a ideia que uma lesão corporal causada pelo marido militar, dentro de casa, contra a mulher militar, por um motivo doméstico constitui crime militar implica em aceitar que, mesmo no seio de seu lar, o cônjuge (companheiro) de menor posto ou graduação tenha que pedir permissão para sentar-se ou retirar-se da mesa já que isto é uma regra essencial da disciplina prevista nos regulamentos de honras e sinais de respeito, e sua violação constitui transgressão. Imagine-se na hora de partilhar do mesmo leito?

Nucci (2014, p. 34) declara:

Não importa onde ocorra o ato envolvendo violência doméstica, se em casa ou na Organização Militar, pois o fato será sempre um crime militar. Mesmo assim se posicionando, reconhece que a tendência é que este tipo de delito seja julgado na justiça comum.

Alves-Marreiros (2015, p. 109) menciona a gravidade desse tipo de violência, que pode chegar no crime de homicídio:

Atualmente, busca-se constante combate à violência doméstica, no meio militar, pois é notório que esta agressão pode corresponder ao primeiro passo na escala de gravidade do ato violento, podendo redundar, em casos extremos, no crime de homicídio.

Por meio da segunda teoria acredita-se que os problemas da intimidade e da vida privada do militar deve ser solucionado sem relação com a instituição militar, não sendo

considerados crimes militares, sem reflexos para a disciplina, permanecendo no âmbito da jurisdição comum, sendo aplicada a Lei 11.340/2006. A lei castrense não poderia interferir na vida íntima do casal, aos direitos fundamentais a intimidade e a vida privada.

Lobão (2006, p. 121-122) esclarece:

Com a incorporação de mulheres às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares, surge o problema relativo à competência da Justiça Militar para conhecer do delito cometido por um cônjuge ou companheiro contra outro. Se a ocorrência diz respeito à vida em comum, permanecendo nos limites da relação conjugal ou de companheiros, sem reflexos na disciplina e na hierarquia militar, permanecerá no âmbito da jurisdição comum. Tem pertinência com a matéria a decisão da Corte Suprema, segundo a qual a administração militar não interfere na privacidade do lar conjugal, máxime no relacionamento do casal.

Diante da terceira teoria, entende-se que via de regra trata-se de crime militar impróprio. Tal teoria é denominada de Conciliadora, pois combina a aplicação da lei pela Justiça Militar, em casos em que o crime for considerado militar, e ao mesmo tempo aplicando-se a Lei 11.30/2006, no que tange as medidas protetivas. Esta é a teoria adotada, por ser mais próxima da realidade fatos e com os ditames constitucionais vigentes.

Rocha (2010, p. 4) expressa:

Postula tal teoria que, apesar da Lei Maria da Penha não ter alterado o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, impõe-se assegurar assistência necessária à militar agredida por parte da autoridade de polícia judiciária militar, a qual, no caso dos militares, seria o Comandante da Organização Militar .

Embora a LMP esteja direcionada para a criminalidade comum, é certo que suas medidas protetivas podem ter incidência analógica quando o delito seja militar. A natureza militar da infração não impede a incidência das medidas protetivas.

Greco (2014, p. 49) tem raciocínio semelhante:

O julgador poderá, utilizando-se da analogia in bonam partem, aplicar ao caso específico, sobre o qual não exista norma reguladora, a legislação existente que seja similar, a fim de ver respeitado o princípio da isonomia, atuando o magistrado como um legislador positivo.

Desse modo, o que se propõe com a Teoria Conciliadora, é defende a possibilidade de aplicação analógica, pela Justiça Castrense, das medidas protetivas de urgência em relação à ofendida.

Resumindo, a Teoria Conciliadora é a que se mostra mais adequada para regular a situação dos crimes militares impróprios envolvendo casais de militares, como no caso dos que envolvem violência doméstica.

## 71 CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo discutimos acerca da legislação a ser empregada quando do julgamento de crimes envolvendo violência doméstica, nos quais figura casais militares, bem como a aplicabilidade das medidas protetivas da Lei 11.340/2006. Constatamos que este é um tema de grande complexidade, e que infelizmente a violência contra a mulher no Brasil ainda é praticada em larga escala e em todos os níveis sociais.

Verificamos que o papel da mulher na sociedade sempre ficou em segundo plano em relação aos homens, o que se agravou com a chegada da revolução industrial, quando estas, mesmo trabalhando em condições semelhantes às dos homens, eram remuneradas com salários inferiores. Com o surgimento do movimento feminista, a luta pela igualdade de gênero passou a ser frequente, e no Brasil mudanças significativas foram obtidas após a aprovação da Lei nº 11.340, a qual busca coibir a violência contra a mulher no ambiente doméstico ou familiar, além de ofertar assistência nos aspectos social, político e jurídico. Um rol não taxativo de formas de violência doméstica nos foi apresentado, sendo elas física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Compreendemos que três teorias são empregadas quando a ocorrência de crimes envolvendo casais militares, no entanto a chamada Teoria Conciliadora é a que mais se aproxima dos casos concretos, a qual explica que o magistrado por analogia e como forma de autointegração da lei penal, poderá empregar os institutos protetivos em casos cujo julgamento se dê perante a Justiça Militar.

Por todo exposto, entende-se, face aos argumentos apresentados no presente estudo, que nos casos de violência onde militares se fazem presentes como sujeito ativo e/ou passivo do delito, e tal ação sai da intimidade do casal, da vida privada, chegando ao ambiente da caserna, ferindo os princípios da hierarquia e da disciplina, configurando o crime militar sua competência passa a ser da Justiça Militar e as medidas protetivas ainda assim serão aplicadas.

## REFÊRENCIAS

ALVES-MARREIROS, A. **Direito Penal Militar: teoria crítica e prática**. São Paulo: Método, 2015.

ALVES-MARREIROS, A. **Casal de Militares e CPM: Discussão sobre família, proteção da mulher e Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/05/29/casal-de-militares-e-cpm-discussao-sobre-familia-protacao-da-mulher-e-lei-maria-da-penha/>. Acesso em 20 jan 2022.

ARANTES, H. F. **Violência doméstica entre casais militares e a aplicação da Lei Maria da Penha pela Justiça Militar**. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/artigos-ineditos-violencia-domestica-entre-casais-militares-e-a-aplicacao-da-lei-maria-da-penha-pela-justica-militar/>. Acesso em 20 set 2021.

ASSIS, J. C. **Casal de militares: lei maria da penha e a aplicação de seus institutos protetivos ao direito castrense.** Disponível em: <https://j1c2a3.jusbrasil.com.br/artigos/303382648/casal-de-militares-lei-maria-da-penha-e-a-aplicacao-de-seus-institutos-protetivos-ao-direito-castrense>. Acesso em 20 set 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 18 out 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº **1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm). Acesso em 18 out 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº **1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm). Acesso em 18 out 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. **2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 18 out 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº **3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 18 out 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Estatuto dos Militares.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm). Acesso em 18 out 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em 18 out 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm). Acesso em 18 out 2021.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, A. A. A.; SARDENBERG, C. M. B. **O feminismo no Brasil: uma (breve) retrospectiva.** In: COSTA, Ana Alice Alcântara; SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar. (Orgs.). O feminismo no Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA/Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a mulher, 2008.

COSTA, A. A. A.; SARDENBERG, C. M. B. **O Movimento Feminista no Brasil: dinâmica de uma intervenção política.** In: PISCITELLI, Adriana; MELO, Hildete; MALUF, Sônia; PUGA, Vera. (Orgs.). Olhares Feministas. 1. ed. Brasília: Abaré, 2009.

CRUZ, I. D.; MIGUEL, C. A. **Elementos de Direito Penal Militar.** 1ª edição, vol. único. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FILHO, F. C. J. **Militares casados entre si e os delitos penais.** Jus Militar. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/militarescasados.pdf>. Acesso em 20 set 2021.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica.** Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

FREUA, M. S. O Casal de Militares perante a Lei Maria da Penha (11.340/06). Jus Militar. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wnKlps5gh0MJ:jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/casalmilitares.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 20 set 2021.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2014, v. 1.

KNIPPEL, E. L.; NOGUEIRA, M. C. A. **Violência Doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de Direitos Humanos no Plano Internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

LINO, S. C. F. M. **As ideias feministas no Brasil (1918- 1932)**. 1986. Dissertação. (Mestrado em História do Brasil) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

LOBÃO, C. **Direito penal militar**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2006.

LOBÃO, C. **Direito Penal Militar**. 3. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MINAYO, M. C. S. **O desafio do conhecimento: Pesquisa Qualitativa em Saúde**. 12. ed. São Paulo: Hucitec-Abrasco, 2010.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2000. P. 55.

NOLETO, K. C; BARBOSA, I. A. **A Efetividade da Lei Maria da Penha no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Revista Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha-no-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>. Acesso em 17 jan 2022.

NUCCI, G. S. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, A. J. **Da eventual aplicação de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica contra a mulher militar**. Revista a Força Policial, São Paulo, n. 67, jul./ago./set. 2010.

RODRIGUES, K. R. A. L.; BRAGA, A. V. L. **Casal de militares. Lei Maria da Penha e a aplicação de seus institutos protetivos ao direito castrense**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71101/casal-de-militares>. Acesso em 20 set 2021.

SOUZA, L. A.; KÜMPEL, V. F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/2006**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008

THERBORN, G. **Sexo e poder: a família no mundo 1900-2000**. São Paulo: Contexto, 2006.

## NULIDADES NO PROCESSO PENAL: O INQUÉRITO POLICIAL E SUAS “MERAS IRREGULARIDADES”

*Data de aceite: 01/03/2022*

*Data de submissão: 27/01/2022*

### **Samuel Antonio Aguiar Omena**

Graduando do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB  
São Luís/MA  
<http://lattes.cnpq.br/9344388542054793>

### **Isabella Lira de Matos**

Graduanda do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB  
São Luís/MA  
<https://orcid.org/0000-0001-5266-1837>

### **Carlos Helder Carvalho Furtado Mendes**

Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e o IBCCRIM. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp/LFG. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB. Professor da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB  
São Luís/MA  
<http://lattes.cnpq.br/3034060693231004>

**RESUMO:** O presente trabalho adentra na temática das nulidades processuais inseridas no âmbito do inquérito policial, procedimento este caracterizado como de natureza administrativa pré-processual, o que acaba justificando a classificação das nulidades como “meras

irregularidades”, não oferecendo nenhum tipo de risco ou influência no âmbito processual penal, onde a simples retificação ou afastamento das irregularidades tornam-se suficientes para a resolução da problemática. O objetivo é justamente demonstrar e analisar outra perspectiva da temática, onde as irregularidades ocorridas no inquérito policial ultrapassam a classificação de “meras irregularidades”, influenciando de forma direta ou indireta no andamento do processo penal, bem como influenciando o posicionamento do magistrado, ou seja, impactando na própria sentença judicial. **PALAVRAS-CHAVE:** Inquérito Policial. Nulidades Processuais. Meras Irregularidades. Processo Penal.

### **NULLITIES IN CRIMINAL PROCEEDINGS: THE POLICE INQUIRY AND ITS “MERE IRREGULARITIES”**

**ABSTRACT:** The following article enters in the themes of processual nullities inserted in the field of police inquiry, procedure marked as an administrative nature pre-procedural, that ends up justifying the placing of nullities as “mere irregularities”, making it non-risky or non-influential in the criminal procedure scope, where the simple rectification or withdrawal of the irregularities are sufficient to solve the problem. The purpose is just show and analyze another perspective about the theme, where the irregularities occurred in the police inquiry exceed the classification of “mere irregularities”, having an effect directly or indirectly in the criminal process progress, as well as influencing the magistrate’s position, in other

words, having an influence in it's own judicial sentence.

**KEYWORDS:** Police inquiry. Processual Nullities. Mere Irregularities. Criminal Process.

## 1 | INTRODUÇÃO

As nulidades no âmbito do processo penal constituem-se por defeitos ou violações legais em um ato isolado ou no processo, de forma parcial ou total. Tais violações são classificadas através dos chamados “níveis de nulidade”, em ordem crescente: meras irregularidades, nulidades relativas, nulidades absolutas e inexistência do ato. Na esfera do inquérito policial, qualquer tipo de violação ou ato falho durante o processo inquisitório será classificado como mera irregularidade, não gerando qualquer tipo de dano ou consequência para o processo penal, sobre a justificativa de que o inquérito policial em si é de natureza administrativa pré-processual, onde uma simples retificação dos fatos ou o próprio afastamento das irregularidades são suficientes para o saneamento da problemática. Dessa forma, resultando no questionamento: as consequências produzidas pelos erros no inquérito policial podem ser de fato caracterizadas como meras irregularidades?

Partindo desse pressuposto, o presente trabalho põe-se sobre a temática com o intuito de proporcionar uma análise e discussão sobre as nulidades processuais no âmbito do inquérito policial, adentrando no procedimento do inquérito policial e seus possíveis defeitos, na identificação das influências e consequências que recaem no âmbito do processo penal, bem como na identificação dos embates jurisprudenciais sobre a temática, demonstrando a argumentação debilitada que é usada perante a real problemática e ao real alcance e influência advindos das “meras irregularidades”, abrindo ensejo para hipóteses nas quais admitem a disseminação e influência, incidindo diretamente na linha de raciocínio do magistrado ou até mesmo na exclusão do inquérito nos autos processuais, como uma forma de defesa e precaução, possibilitando um processo mais justo e imparcial.

O trabalho foi construído através de pesquisa bibliográfica com método de abordagem qualitativo, caracterizado pelo levantamento bibliográfico da temática em livros, artigos, periódicos e jurisprudências, sobre o foco de caráter exploratório e subjetivo de análise, concomitantemente com análise jurisprudencial realizada no site do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se a palavra chave “nulidade no inquérito policial”, com a finalidade de identificar e demonstrar como a temática é tratada no âmbito jurídico. Dessa forma, almejando um melhor discernimento e investigação do tema que ainda é caracterizado como doutrina minoritária.

Em suma, a pesquisa será de caráter bibliográfico com uso do método qualitativo, recaindo sobre livros e artigos que abordam a temática, bem como pesquisa jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de afastar-se da generalização do tema e expor um ponto de vista ainda pouco explorado no âmbito jurídico. Segundo Aury Lopes Jr. (2019), a presente temática ainda se encontra cercada por doutrinas míopes que

se acomodam na explicação de ser uma mera peça informativa incapaz de gerar grandes efeitos contra o processo penal.

## 2 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1 Confrontos e embates jurisprudenciais sobre a temática

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a temática sobre as nulidades dentro do inquérito policial constitui um tema bastante frequente nas demandas judiciais, onde o entendimento majoritário estabelece o posicionamento de que tais nulidades não justificam por si só a contaminação do processo penal, bem como não representam fatos suficientes para a anulação da ação penal. Tais julgamentos alegam que por se tratar de uma mera peça informativa, a contaminação no processo penal é inexistente, onde tais nulidades não passam de mera presunção pelo fato de não demonstrarem o real prejuízo sofrido, escorando-se no princípio *pas de nullité sans grief*, que estipula a necessidade de demonstração do prejuízo pela parte para a nulidade do ato. Nesse ínterim, prevalece o entendimento do artigo 155 do Código de Processo Penal, que admite a nulidade da sentença apenas em casos que estejam fundamentados de maneira exclusiva pelo inquérito policial. Sobre os elementos produzidos no inquérito, expõe Marta Saad:

“A rigor, os elementos produzidos em inquérito policial destinam-se a convencer quanto à viabilidade ou não da ação penal ou quanto às condições necessárias para a decretação de qualquer medida ou provimento cautelar no curso da investigação. Com vistas a estas decisões, tomadas na etapa preliminar, os dados colhidos não só informam, mas convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos de testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstituição do crime. Mas, excluindo-se as provas irrepetíveis, sua função deveria se esgotar nesta fase inaugural.” (SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Investigação preliminar: desafios e perspectivas”. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 6, n. 1, 2020. p. 34)

Sobre a temática, destaca-se o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 126.885, com relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado em 15/12/2015, que delimita o inquérito policial como peça informativa, impossibilitando a contaminação da ação penal. Ademais, destaca-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no uso do já citado princípio do *pas de nullité sans grief*, onde a demonstração do prejuízo é imprescindível e obrigatória à parte que alega o vício, podendo ser de nulidade absoluta ou relativa. Dessa forma, demonstrando o real posicionamento do STF e a dificuldade de quem pleiteia a demanda contra nulidades ocorridas no inquérito policial, devido ao posicionamento firme de que o inquérito não passa de uma simples peça informativa.

Corroborando com a mesma linha de raciocínio, estabelece o relator Ministro Luiz

Fux no Agravo Interno no Recurso Extraordinário com agravo nº 1.102.028, julgado em 25/05/2018, que os vícios ocorridos na fase de investigação podem ser considerados sanados pela simples instauração da ação penal, inaugurando um novo procedimento que nada compartilha com o inquérito policial. Outrossim, destaca-se a classificação das demandas como simples reexames de prova, sendo vedadas pela Súmula 279 do STF que veda o uso do recurso extraordinário para o mero reexame de provas.

Em julgado recente, demonstrando a persistência da problemática, o Ministro Nunes Marques, no Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 173.814, julgado em 17/08/2021, negou o provimento sobre a perspectiva de que o inquérito policial, peça meramente informativa, é incapaz de contaminar a ação penal, caracterizando-se como uma mera suposição. Dessa forma, demonstrando a atualidade do tema e a necessidade de mudança no ordenamento jurídico, bem como da análise e abordagem da real abrangência das nulidades presentes no inquérito policial no âmbito do processo penal.

## 2.2 O inquérito policial e suas possíveis irregularidades

O inquérito policial consiste no procedimento oficial, de natureza administrativa, utilizado pela Polícia Civil e Federal na busca de elementos informativos que possam atestar a materialidade do crime. É materializado por meio de documento escrito, rubricado pela autoridade policial responsável e poderá ser dispensado se a vítima estiver munida de todos os meios de prova que comprovem a autoria e materialidade do crime. Corroborando com a temática, afirma Nestor Távora:

“O inquérito policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado.” (TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 2017 p. 131)

No aspecto da indisponibilidade, caracteriza-se pela não possibilidade do arquivamento do procedimento. Ressalta-se que antes da Lei nº 13.964/19, conhecida como pacote anticrime, ao juiz era conferido o poder de arquivar o inquérito policial, mediante provocação do Ministério Público. Porém, após a referida lei, a figura do juiz foi completamente afastada em assuntos ou atos que englobem o inquérito policial, como uma tentativa de manter o caráter imparcial e neutro do julgador. Dessa forma, o arquivamento só passa a ser possível mediante ação do Ministério Público no âmbito da acusação, abrindo a possibilidade de recorribilidade por parte da vítima. Tal alteração gerou reflexos positivos, principalmente no que tange a preocupação de manter o magistrado afastado de tudo que envolve o inquérito policial, admitindo a possível contaminação do chamado “procedimento de natureza administrativa”.

Destarte, o inquérito policial não possui etapas formalmente definidas ou

estabelecidas em lei, deixando a cargo da autoridade policial responsável a decisão pelo caminho menos problemático e mais eficaz para o andamento do procedimento. Ao inquérito recai a característica inquisitorial, não estando submetido ao contraditório ou ampla defesa, podendo o advogado atuar de ofício quando os crimes são de ação penal pública incondicionada. Sobre seu caráter sigiloso, a Súmula Vinculante nº 14 estabelece que em crimes com segredo de justiça, o representante só terá acesso por meio de procuração, sendo vedada a utilização do inquérito como um recurso para agravar a pena-base do indivíduo, como estipulado na Súmula 444 do STJ. A respeito dos métodos mais eficazes, afirma Marta Saad:

“Pode ainda ter lugar, no curso da investigação preliminar, a decretação de medidas cautelares, como a busca pessoal ou domiciliar, que limita os direitos de inviolabilidade do domicílio, da intimidade e da vida privada e a integridade física e moral do indivíduo; a apreensão, que pode restringir o direito a liberdade, tutela e curatela, a posse e a propriedade; a decretação do arresto ou sequestro de bens, que limitam a fruição da posse e propriedade; a quebra dos sigilos fiscal e bancário, que atinge a intimidade e a vida privada; a interceptação das comunicações telefônicas, que restringe o sigilo das comunicações; a determinação do indiciamento, que acarreta abalo moral, familiar e econômico; e, pior, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal, por meio da decisão de recebimento da denúncia, ou queixa.” (SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Investigação preliminar: desafios e perspectivas”. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 6, n. 1, 2020. p. 32-33)

Referente aos prazos, recairá sobre a situação do indivíduo, diferenciando-se a depender de seu estado. Caso o sujeito encontre-se em liberdade, mediante fiança ou não, o prazo será de 30 dias, enquanto o prazo para o sujeito indiciado que se encontra preso será de 10 dias iniciados a partir da execução da ordem de prisão. É imprescindível ressaltar que o inquérito policial nunca poderá ser instaurado contra ações de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapasse 2 anos, sendo substituído pelo termo circunstanciado de ocorrência.

Já em relação aos seus vícios, prevalece a ideia de que por se tratar de um procedimento dispensável, o mesmo não teria a possibilidade de desencadear a contaminação da ação penal. Tais vícios consistem nas provas ilícitas, divididas em ilícitas e ilegítimas. A primeira reside nas práticas que ofendem o direito material, indo de encontro com direitos e garantias tipificados no texto legal, sendo inadmitida. Já a segunda consiste na ofensa contra o direito processual, contra o rito processual, onde o ato será declarado nulo. Contudo, é imprescindível ressaltar a importância do inquérito penal na proteção do indivíduo contra ações infundadas ou até mesmo arquitetadas, garantindo segurança jurídica.

### 2.3 As influências causadas pelas “meras irregularidades” do inquérito policial no âmbito processual penal

A admissão das irregularidades do inquérito policial como possíveis formas de contaminação da ação penal que perpassam o estipulado nível de “meras irregularidades” constituem os argumentos da doutrina minoritária sobre o tema, defendida e sustentada principalmente por Aury Lopes Junior. O foco da argumentação reside no aspecto de que mesmo se tratando de um procedimento dispensável e de natureza administrativa pré-processual, o simples afastamento ou retificação do erro não são suficientes para o saneamento da problemática, possuindo uma influência muito maior dentro da ação penal do que realmente mostra.

O inquérito policial, mesmo caracterizando-se como um “procedimento informativo” acaba abarcando e adentrando no âmbito do processo penal, não apenas materialmente, incidindo diretamente no comportamento e linha de raciocínio do magistrado. Caracteriza-se, de fato, como uma contaminação sutil, as vezes até imperceptível antes da materialização da sentença penal, porém, o erro contido no inquérito será reproduzido durante todo o rito processual. O juiz, influenciado pelo ato errôneo, mudará sua postura para com o acusado, trilhando um caminho já tendencioso para a sua condenação, resultando em penas que acabam privando o indivíduo de seus bens e de seu patrimônio mais valioso, a liberdade. Dessa forma, não existindo a possibilidade de negação da influência das nulidades presentes no inquérito policial, bem como não existindo a classificação de “meras irregularidades”, pois a influência torna-se visível com a materialização da sentença, onde tal erro continua sendo replicável, transformando-se em uma pena contra o acusado.

É imprescindível ressaltar que prova constitui tudo aquilo que é produzido durante o processo penal, na presença do contraditório processual. O artigo 155 do Código de Processo Penal estabelece que a convicção e construção da sentença por parte do juiz se dará através da livre apreciação das provas produzidas durante o processo, proibindo a fundamentação exclusiva dos elementos informativos do inquérito policial. Isto posto, a problemática reside na palavra “exclusiva”, abrindo espaço para que o inquérito policial esteja presente na sentença judicial embasando todo o argumento construído, apenas não estado de forma “exclusiva”. Sobre o referido tema, expõe Aury Lopes Junior:

“O artigo inicia bem, quando diz que a decisão deve ter por base a “prova produzida em contraditório”, o que nos remete para a correta definição de que “prova” é aquilo produzido em juízo, na fase processual. O grande erro da reforma pontual (Lei n. 11.690/2008) foi ter inserido a palavra “exclusivamente”. Perdeu-se uma grande oportunidade de acabar com as condenações disfarçadas, ou seja, as sentenças baseadas no inquérito policial, instrumento inquisitório e que não pode ser utilizado na sentença. Quando o art. 155 afirma que o juiz não pode fundamentar sua decisão “exclusivamente” com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que também invoquem algum elemento probatório do processo.” (LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.

Corroborando com a temática, André Rocha Sampaio, Marcelo Herval Macêdo Ribeiro e Amanda Assis Ferreira, afirmam:

“Os atos de prova, por sua vez, estão a serviço do processo e integram o processo penal. Estão direcionados a convencer o juiz do valor verdade de uma afirmação, formando um juízo de certeza que servirá para a produção da sentença. Para isso, esses atos probatórios exigem estrita observância à publicidade, contraditório e imediação e são praticados ante o juiz que julgará o processo. Depreende-se, portanto, que é nesta fase que a valoração jurídica deve ser baseada, prevalecendo sobre a fase anterior. É neste contexto de valoração de provas que será trazido o ponto crucial da presente pesquisa, em que o art. 155 do CPP<sup>24</sup> abre notável fissura em prol da utilização desproporcional dos dois tipos de atos como se sinônimos fossem [...]” (RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6. n. 1. 2020. p. 185)

Dessa forma, tal prerrogativa abre margem para a influência do inquérito policial no âmbito do processo penal, embasando os argumentos do magistrado e fundamentando a sentença judicial como se fosse uma prova concreta e incontestável. Logo, demonstrando o grande escopo que as nulidades presentes no inquérito possuem em relação a ação penal, contaminando o próprio julgador da ação que estará inclinado a condenação do indivíduo, recaindo sobre o resultado máximo do processo, a sentença, que decidirá o futuro do acusado.

### 3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

Mediante todo o exposto, observa-se as características e particularidades do inquérito policial, suas funções, as nulidades e suas influências no processo penal, bem como a abordagem do tema nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Isto posto, identifica-se o impacto causado pelo inquérito no âmbito processual, onde o erro será reproduzido no andamento do processo, influenciando o magistrado que optará por alternativas tendenciosas e condizentes com o conteúdo da investigação, concretizando a sua influência com a sentença judicial. Como dito anteriormente, a prova recai sobre todo o conteúdo produzido durante o processo penal, na presença do contraditório. Porém, o artigo 155 do Código de Processo Penal estipula a construção da sentença a partir da junção das provas produzidas no processo e dos fatos colhidos no inquérito, sendo vedada apenas a sentença fundamentada exclusivamente pelo teor investigativo, abrindo espaço para que o inquérito esteja presente na sentença.

Partindo desse pressuposto, onde identifica-se o dano, a influência causada e a possibilidade de tal conteúdo estar presente no embasamento da sentença judicial, bem

como o posicionamento do STF em classificá-lo como peça informativa, impossibilitada de provocar prejuízo no processo e mera suposição de quem reclama, identifica-se o problema enfrentado que carece de um debate mais incisivo, abordando toda a sua totalidade para que o devido saneamento da problemática seja efetuado por completo.

Assim, das hipóteses levantadas anteriormente, confirma-se a disseminação e influência do inquérito e suas nulidades diretamente na linha de raciocínio do magistrado e nega-se a hipótese de exclusão do inquérito nos autos processuais. Tal conclusão é embasada na importância do procedimento inquisitorial na proteção do indivíduo, proporcionando segurança jurídica ao procedimento e evitando denúncias infundadas ou manipuladas. Logo, recaindo não sobre a exclusão, mas sim no afastamento do magistrado perante o conteúdo investigativo e na mudança do artigo 155, embasando a sentença apenas nas provas obtidas no contraditório durante o processo penal.

#### 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário das nulidades processuais, caracterizadas pelas violações ou defeitos presentes nos atos realizados, a classificação é realizada através da divisão por níveis de nulidade, de acordo com o impacto causado, podendo ser classificados em: meras irregularidades, nulidades relativas, nulidades absolutas e inexistência do ato. Os defeitos ou violações ocorridos na etapa do inquérito policial são classificados como meras irregularidades, ou seja, não impactam de maneira significativa no processo penal, onde suas consequências serão ínfimas e a simples retificação ou exclusão do defeito é suficiente para o saneamento da problemática.

Patindo desse pressuposto, viu-se que o inquérito policial é caracterizado como procedimento de natureza administrativa pré-processual, utilizado no âmbito das investigações policiais, reconstruindo o fato da melhor maneira possível com o intuito de descobrir e provar a autoria e materialidade dos fatos. Tal procedimento é materializado por meio de documento escrito e não possui etapas formalmente definidas, recaindo sobre a autoridade policial a decisão do melhor meio a ser seguido de acordo com o fato concreto. No que tange o arquivamento do procedimento, com o advento da Lei nº 13.964/19, o mesmo só poderá ser realizado através de ação do Ministério Público, objetivando o afastamento das particularidades do inquérito com a figura do juiz, primando por um processo imparcial e justo. Contudo, a doutrina majoritária no âmbito do Supremo Tribunal Federal defende a vertente que limita o inquérito policial exclusivamente como uma mera peça informativa, impossibilitada de causar qualquer impacto considerável no processo penal. Ademais, as decisões escoram-se no princípio do *pas de nullité sans grief* que exige a prova concreta do prejuízo causado.

Dessa forma, observa-se a firmeza por parte do STF em considerar o inquérito como peça informativa e a dificuldade instituída através da cobrança de prova concreta que

englobe o prejuízo causado, bem como a solidificação do entendimento de que pleitear pela nulidade ocorrida no âmbito do inquérito policial é apenas uma mera suposição, uma visão subjetiva de quem o pede, não constituindo função do STF o simples reexame de provas. Mediante ao levantamento jurisprudencial realizado é possível identificar a persistência da temática, sua atualidade e a não observância do real impacto da fase inquisitorial no âmbito processual penal.

Destarte, mesmo contrário ao entendimento majoritário, abordou-se a outra face da problemática na qual é admitida a influência por parte do inquérito policial no cenário processual, constituindo doutrina minoritária sustentada por Aury Lopes Junior. Isto posto, observa-se que as nulidades no inquérito ultrapassam o nível de “meras irregularidades”, onde mesmo caracterizado como um “procedimento informativo”, sua influência se alastra no âmbito do processo, de forma direta e indireta, materializando-se com a sentença judicial. Assim, podendo influenciar o juiz responsável pelo processo, mudando sua postura para com o acusado e enveredando o rito processual por um caminho já tendencioso à sua condenação, embasada nas “provas” obtidas na fase inquisitorial e não nos elementos produzidos durante o contraditório processual, fato este que demonstra o real impacto das nulidades inquisitoriais no processo, influenciando diretamente na sentença que irá incidir sobre os bens particulares do acusado ou até mesmo em sua liberdade.

Em suma, o presente trabalho buscou o enfoque na doutrina minoritária referente a temática, abordando as nulidades presentes no inquérito policial como de vital importância e influência no processo penal, ultrapassando a definição de “meras irregularidades”. Dessa forma, demonstrando como o tema é encarado na prática, onde não é abordado toda a profundidade do assunto, restando pontas soltas. Assim sendo, conclui-se pela não exclusão do inquérito nos autos processuais, pelo fato de ser um procedimento importante e funcional, mas sim pelo reconhecimento de sua influência no processo penal, afastando cada vez mais a figura do magistrado em relação ao conteúdo do inquérito, embasando a sentença em sua totalidade nas provas produzidas durante o processo penal, na presença do contraditório, com o intuito de proporcionar um julgamento mais justo e imparcial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto- lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del3689.htm). Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 30 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Data de aprovação: 13/12/1963. Disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/330/Sumulas](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/330/Sumulas). Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. Data de Publicação: DJe 13/05/2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub). Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. Data de publicação: DJe 09/02/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.102.028**. Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo. Penal e processual penal. Crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito artigo 16, parágrafo único, IV, da lei 10.826/2003. Princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Ofensa reflexa ao texto da constituição federal. Alegação de ofensa ao artigo 5º, LVI, da constituição federal. Ilícitude da prova. Alegação de irregularidades no curso do inquérito policial e de utilização de provas ilícitas. Necessidade de revolvimento do conjuntofático-probatório dos autos. Impossibilidade. Súmula 279 do STF. Alegação de nulidade processual. Fase do inquérito policial. Peça informativa. Pas de nullité sans grief. Não comprovação. Alegada ofensa ao artigo 5º, XLVI, da constituição federal. Individualização dapena. Matéria infraconstitucional. Fixação de pena aquém do mínimo legal. Circunstância genérica atenuante. Matéria com repercussão geral reconhecida pelo plenário do STF no RE 597.270. Tema 158. Agravo interno desprovido. Agravante: Francisco Matos Tancredo. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux, 25 de maio de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14992688>. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 173.814**. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Suposto vício ocorrido na investigação pela polícia federal. Pedido de anulação da ação penal (decisão de recebimento da denúncia e atos subsequentes). Não contaminação da ação penal por eventuais vícios no inquérito policial. Ausência de demonstração de prejuízo. Habeas corpus indeferido. DESPROVIMENTO. Agravante: M.L.P. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757414273>. Acesso em 17 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 126.885**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Suspensão da ação penal. Alegações de nulidade decorrente da distribuição de medidas cautelares provenientes de procedimento investigatório: ausência de plausibilidade jurídica. Recurso ao qual se nega provimento. Reclamante: Daniel Leite Brandão. Reclamado: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10139701>. Acesso em 17 set. 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1. Processo penal – Brasil I. Título. Disponível em: <https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Contaminação (in)consciente do julgador e a exclusão física do inquérito**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/limite-penal-contaminacao-inconscientejulgador-exclusao-inquerito>. Acesso em: 17 set. 2021.

RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. **A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175-210, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.299>. Acesso em 2 nov. 2021.

SAAD, Marta. **Editorial do dossiê “Investigação preliminar: desafios e perspectivas”**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 29-40, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.348>. Acesso em: 2 nov. 2021.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal/** Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12. ed. rev. e atu. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. 1.840p.

## JUSTIÇA RESTAURATIVA E A COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA: REFLETINDO SOBRE PROCESSOS DIALOGAIS E CULTURA DE PAZ

Data de aceite: 01/03/2022

Data de submissão: 20/01/2022

### Marina Della Mía Vieira

Advogada

Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ

Ijuí/RS

<http://lattes.cnpq.br/3187653884601901>

### Joana Patias Goi

Psicóloga

Graduada em Psicologia pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ

Ijuí/RS

<http://lattes.cnpq.br/4630248684803644>

### Ester Eliana Hauser

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Professora junto à Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ

Ijuí/RS

<http://lattes.cnpq.br/9392460418475677>

**RESUMO:** O artigo discute aspectos conceituais e valores estruturantes da Justiça Restaurativa, bem como sua aplicabilidade nos processos de atendimento aos conflitos, de prevenção à violência e de construção da cultura da paz, enfatizando sua intrínseca relação com modelos de comunicação não violenta, bem como sua

utilização nas atividades desenvolvidas no âmbito do projeto de extensão Cidadania para Todos, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça restaurativa. Comunicação Não Violenta. Círculos restaurativos. Extensão.

### RESTORATIVE JUSTICE AND NONVIOLENT COMMUNICATION: REFLECTING ON DIALOGICAL PROCESSES AND CULTURE OF PEACE

**ABSTRACT:** The article discusses conceptual aspects and structuring values of Restorative Justice, as well as its applicability in the processes of conflict assistance, violence prevention and construction of the culture of peace, emphasizing its intrinsic relationship with models of non-violent communication, as well as its use in the activities developed in the scope of the extension project Citizenship for All, of the Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ.

**KEYWORDS:** Restorative Justice. Nonviolent communication. Restorative Circles. Outreach.

## 1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo discute os principais aspectos conceituais da Justiça Restaurativa e da Comunicação Não Violenta, enquanto ferramentas para a promoção de valores civilizatórios que contribuem para a efetivação de uma cultura de paz. Tais conceitos e práticas estão presentes nas atividades e oficinas

realizados no âmbito de atuação do Projeto de Extensão Cidadania para Todos, adstrito ao Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ, desenvolvido por alunos e professores dos cursos de graduação em Direito e Psicologia. Nesse viés, apresenta apontamentos teóricos e práticos que versam sobre as principais concepções conceituais referentes aos temas acima mencionados, e como tais práticas podem auxiliar os sujeitos na adoção de formas alternativas de resolução de conflitos, de prevenção à violência e de construção de uma cultura de paz.

Em um primeiro momento, discorrer-se-á a respeito do surgimento da justiça restaurativa como uma nova forma de enfrentamento dos conflitos, quais os mecanismos que guiam sua aplicação, bem como os principais aspectos conceituais e principiológicos que a fundamentam. Posteriormente, demonstra-se a importância da Comunicação Não Violenta (CNV) no processo de comunicação entre sujeitos, de forma a valorizar sentimentos e necessidades e promover a identificação com o outro. Por fim, retrata a forma como a Comunicação Não Violenta está presente nas atividades práticas desenvolvidas pelo projeto Cidadania para Todos e de que maneira tal ferramenta contribui para o compartilhamento de valores e experiências durante os círculos restaurativos realizados durante a execução das atividades do projeto.

## **2 | JUSTIÇA RESTAURATIVA: ASPECTOS TEÓRICOS E CONCEITUAIS**

A justiça restaurativa como uma nova forma de enfrentamento dos conflitos desenvolve-se especialmente a partir das críticas ao sistema de justiça penal tradicional, que não cumpre com suas funções declaradas, não responsabiliza de forma efetiva os ofensores e ignora as necessidades e os interesses das vítimas. Às críticas ao atual sistema de justiça penal somam-se ao fato de que a prisão, como estratégia sancionatória, não reduz a violência, e exerce um papel estigmatizante, seletivo e, sobretudo, viola direitos e garantias fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, no processo criminal tradicional, de natureza retributiva, Estado e ofensor ocupam o protagonismo no processo, dando origem a uma disputa cujo objetivo é determinar de quem é a culpa e retribuir o dano causado através da dor, ignorando-se, na maior parte dos casos, as necessidades da vítima. Diante do atual cenário, a justiça restaurativa representaria um novo caminho que prioriza a resolução dos problemas e a participação das partes em detrimento da simples atribuição de culpa e de uma pena, imposta por um terceiro alheio às circunstâncias que culminaram na prática de um ato delituoso.

No que tange aos antecedentes históricos, Gisela Bester (2013) aponta que a referência inicial da justiça restaurativa remonta às práticas de mediação desenvolvidas por movimentos religiosos em prisões norte-americanas nos anos de 1970, que envolviam o encontro entre ofensores e vítimas. Conforme a autora, “o principal impulso do movimento

restaurativo ocorreu na Nova Zelândia, onde foram incorporadas ao sistema algumas práticas da justiça ancestral dos aborígenes Maoris” (ZEHR apud BESTER, 2013, p. 6401), uma vez que “as práticas restaurativas já se encontravam presentes nas tradições de povos do Oriente e Ocidente, nas quais princípios restaurativos teriam caracterizado, por séculos, os procedimentos de justiça comunitária” (PALLAMOLLA, 2009, p. 36).

A partir disso, a justiça restaurativa estabelece uma forma inovadora de resolução dos conflitos, voltada ao restabelecimento dos vínculos sociais e afetivos afetados pela violência cotidiana. Ademais, busca através do diálogo efetivo promover a reparação (moral ou material) do dano advindo da prática de um delito, de forma que o conflito seja recuperado pela vítima e a comunidade, lugar do qual emergiu tal conduta, possa lidar com o fato de maneira construtiva. Tal concepção se desvincula da imposição da dor como resposta ao crime.

No entendimento de Toni Marshall (1996, p. 37) “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras”. Desse modo, propõe uma nova forma de abordagem do conflito, atribuindo um novo significado acerca da responsabilização do ofensor e da justiça. À vista disso, o foco está na vítima, em suas necessidades e sentimentos, bem como nas relações existentes entre os envolvidos na situação. Nesta perspectiva, se busca estabelecer o diálogo e o protagonismo das partes através dos círculos restaurativos enquanto espaços qualificados para que se concretize uma conversação e que possibilite a restauração dos vínculos existentes entre as partes.

Conforme aponta Howard Zehr (2008), o crime representa uma violação contra pessoas e relacionamentos e, em razão disso, a justiça deveria ter como foco principal a busca de soluções e a reparação dos danos daqueles que foram afetados, levando em consideração os interesses da vítima, do ofensor e da comunidade. Assim, ao retirar o conflito da posse do Estado (que atua em caráter substitutivo para a solução da lide), o mesmo é dimensionado e pensado por aqueles que estão envolvidos de forma direta na situação, ou seja, as partes buscam solucionar, através de um diálogo restaurativo, suas controvérsias e chegar a um consenso que possibilite a cura.

Desta maneira, pessoas concretas que foram afetadas pela situação em questão, buscam coletivamente a solução pelo ensejo de uma perspectiva consensual. Outrossim, segundo o autor, a responsabilidade nestes casos é construída mediante a tomada de consciência do ofensor, o qual, enquanto ser humano “tem necessidades, ainda que isto não o exima de responsabilização, pois a própria responsabilização pode significar mudança e cura”. (PALLAMOLLA, 2009, p. 59). Ademais, em uma perspectiva restaurativa, não há grau absoluto de responsabilidade, visto que existem condicionamentos que influenciam nas ações individuais, os quais não retiram a responsabilidade do sujeito, mas importam na construção de uma corresponsabilidade (ZEHR, 2008).

A justiça retributiva acredita que a imposição da pena (sofrimento) irá vindicar a vítima, quando na verdade ela é contraproducente tanto para vítima quanto para o ofensor. Já a justiça restaurativa acredita que o que realmente vindica a vítima é o reconhecimento de suas necessidades e danos, somados ao encorajamento do ofensor para assumir a responsabilidade pelo ato, reparar o dano e apontar os motivos de seu comportamento (PALLAMOLLA, 2009, p. 78)

Assim sendo, “o crime não é primeiramente uma ofensa contra a sociedade, muito menos contra o estado. Ele é, em primeiro lugar, uma ofensa contra as pessoas, e é delas que se deve partir”. (ZEHR, 2008, p. 172). Nesse viés, as práticas da justiça restaurativa envolvem o encontro, de forma voluntária, entre aqueles que foram afetados de alguma forma por um ato danoso. Tal processo contribui para que as partes envolvidas na situação “abandonem a passividade e assumam posições ativas nas discussões e na tomada de decisões sobre o que deve ser feito, [...] sempre com a ajuda de um facilitador” (PALLAMOLLA, 2009, p. 56).

As características da justiça criminal tradicional (retributiva) permitem diferenciá-la do modelo restaurativo. Howard Zehr (2008) aponta os diferentes paradigmas próprios de cada sistema. Em uma perspectiva retributiva, a justiça é “realizada” pelo poder jurisdicional e a primeira preocupação é em apurar quem é o culpado. O Estado ocupa o lugar da vítima e a restituição ou reparação do dano é rara, o foco é no passado e as respostas produzidas são simbólicas, pois não buscam atender de forma efetiva as necessidades da vítima. O processo é baseado na competitividade, ou seja, para que a vítima ganhe é necessário que o ofensor seja punido mediante a imposição de uma pena que lhe cause dor. Em um viés restaurativo, as relações entre as pessoas afetadas merecem ser reconstruídas a partir de uma solução justa e aceita pelas partes. O crime, sob uma lente restaurativa, deixa de ser visto somente como a violação de uma norma e passa a ser concebido como um dano que atinge pessoas e viola relacionamentos. Nesse viés,

A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá para a casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. [...] Não é suficiente que haja justiça, é preciso *vivenciar* a justiça. (ZEHR 2008, p. 57).

Merece destaque o fato de que, durante os processos circulares, devem estar presentes alguns princípios gerais, dentre os quais citam-se a participação das partes, o respeito, o empoderamento, a confidencialidade, o foco nas necessidades, a busca por resultados transformativos e o reconhecimento dos sujeitos como seres humanos em sua totalidade (MARSHALL; BOYACK; BOWEN, 2005). Logo, tais valores contribuem para a existência de um espaço qualificado e confortável para que se propicie a restauração e sejam observadas as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito. Constituindo o círculo um espaço qualificado para o diálogo, algumas diretrizes devem estar presentes

no decorrer do processo, sendo o facilitador responsável por manter um espaço seguro e confortável.

A ideia de responsabilização está presente nos círculos, uma vez que o ofensor é chamado a responder pelos atos que praticou, mediante a construção de acordos restaurativos, possibilitando a restauração das relações entre aqueles que estão envolvidos em determinado ato danoso. Tais acordos podem, além de reparar o dano sofrido pela vítima, possibilitar a reintegração do ofensor e a retomada do sentido comunitário. Tal processo, guiado pelos princípios básicos da justiça restaurativa, deve respeitar as garantias fundamentais do indivíduo, de modo a seguir “valores centrados na cooperação e na resolução respeitosa do conflito” (PALLAMOLLA, 2009, p. 60). Os valores inerentes ao processo restaurativo funcionam como ferramentas que visam garantir um espaço confortável para os participantes. Por conseguinte, qualquer tipo de solução não deve ser imposta ao ofensor, em observação ao princípio da voluntariedade. Ademais, “o eventual acordo deve ter relação com o delito (razoabilidade) e deve haver correspondência entre o encargo assumido pelo ofensor e a seriedade do delito, ou seja, a reparação não pode ser excessiva (proporcionalidade)” (PALLAMOLLA, 2009, p. 93), o que impede a adoção de qualquer medida que provoque opressão, devendo haver estrita observância aos direitos humanos, para que os mesmos sejam respeitados.

Embora, inicialmente, o desenvolvimento da Justiça Restaurativa esteja relacionado a formas de “mediação vítima-ofensor” no âmbito penal, por meio de processos colaborativos e participativos, nos quais as partes envolvidas no conflito assumem o protagonismo na construção de soluções adequadas, no processo de responsabilização do ofensor e de atendimento das necessidades da vítima, é consenso que seu conceito ainda é aberto e fluído, uma vez que o mesmo vem sendo constantemente renovado, por força das diferentes experiências de aplicação desenvolvidas em diferentes lugares do mundo nas últimas décadas.

Em que pese a abertura conceitual Pallamolla (2009), citando Johnstone e Van Ness, menciona a existência de três concepções sobre JR que, embora não sejam antagônicas, evidenciam as diferentes possibilidades de utilização dos princípios e valores que inspiram esse movimento: as concepções do encontro, da reparação e da transformação.

A primeira privilegia, a partir do encontro entre vítima e ofensor e de um processo dialogado e participativo coordenado por um facilitador a construção de soluções consensuais para o conflito, que transcende a mera atribuição de culpa e imposição da pena ao ofensor, promovendo responsabilização ao agressor e, simultaneamente, a reparação à vítima, bem como o resgate dos laços simbólicos quebrados com a prática do delito. A segunda (concepção da reparação) foca nos interesses e necessidades da vítima, promovendo, na medida do possível, a recuperação de suas perdas e a superação do episódio vivenciado, o que não exige, necessariamente, o encontro com o agressor, embora esse seja considerado uma excelente oportunidade para que a mesma expresse

seu sofrimento, receba informações sobre o fato e não fique sujeita apenas a uma posição de passividade/vitimização.

Para Zehr (2008) o encontro propicia que os envolvidos no delito (ou dano) abandonem a passividade e assumam posições ativas nas discussões e na tomada de decisões. Neste processo os sentimentos negativos vivenciados pela vítima, em especial o desprezo e a humilhação face ao ato criminoso contra ela praticado, podem ser superados pelo sentimento de reconhecimento e pelo reestabelecimento de uma espécie de igualdade, quebrada com o ato ofensivo. (GARAPON, 2005). Isso se dá porque a vítima recebe informações sobre o fato, expressa seu sofrimento, é empoderada e restituída material ou simbolicamente, saindo da condição de vitimização a que foi submetida com a ofensa. Já o ofensor é estimulado a compreender as consequências humanas do seu ato, a assumir responsabilidades pelos resultados de suas ações e a ajudar a decidir sobre o que será feito para corrigir os erros.

Por fim, a terceira concepção (de transformação) concebe a justiça restaurativa como um movimento que busca transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si próprias e como estabelecem seus relacionamentos com os demais. Nesta perspectiva a Justiça Restaurativa é vista como um modo de vida, no qual se buscam superar as hierarquias e as relações de poder desiguais presentes nos diferentes espaços de convivência e em que se tornem efetivos os valores civilizatórios da igualdade, do respeito, da solidariedade.

No que concerne ao aspecto legal, cumpre ressaltar que, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, atendendo recomendações da Organização das Nações Unidas, apresenta um conjunto de dispositivos sobre a política nacional da justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Acerca disso, cabe destacar o disposto no Art. 2º de tal Resolução, o qual propõe um conjunto de princípios sobre os quais as práticas restaurativas devem ser realizadas, dentre eles encontra-se: “a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade”.

Orientada por um conjunto de princípios que fundamentam suas práticas a Justiça Restaurativa representa hoje uma nova alternativa ao sistema tradicional de justiça, mas não se limita a este campo. Porém, como visto anteriormente, a esfera de utilização das práticas restaurativas mostra-se ampla, não estando restrita ao sistema penal, uma vez que a realização de processos circulares também pode ocorrer em diferentes espaços comunitários, de forma a propagar uma cultura de paz, a promover o diálogo construtivo e o fortalecimento de laços entre os sujeitos. Nessa perspectiva, a utilização de tais práticas em espaços escolares, por exemplo, tende a produzir resultados significativos, pois além de solucionar ou evitar conflitos, promove a restauração dos vínculos afetivos, de forma a

“desenvolver as habilidades de escutar de forma ativa, de criar empatia e compreender as perspectivas, a cooperação, a negociação e a percepção da diversidade” (MORRISON, 2005, p 307). Em uma tentativa de “reafirmar, reconectar, e reconstruir o tecido social e emocional das relações dentro da comunidade escolar” (ibid., 2005, p. 314), construindo coletivamente uma nova realidade.

### **3 | COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA: ASPECTOS CONCEITUAIS E ETAPAS DE DESENVOLVIMENTO**

Dentre as formas de comunicação utilizadas nas relações cotidianas, a mais habitual corresponde à linguagem verbal, oral e escrita. A partir dela, continuamente são expressos sentimentos e emoções que causam, por conseguinte, mudanças nas relações com os indivíduos. Neste processo de comunicação, a violência pode ser manifestada por meio da linguagem, uma vez que, é, também, pela linguagem que se constroem diálogos que acabam por desencadear (ou não) situações conflitivas. Comumente encara-se a violência como ação física contra um terceiro, mas ela carrega consigo uma diversidade de meios expressivos. Nas palavras de Ilka Ferrari (2006, p. 51),

Na psicanálise, a violência é vista sempre em um referencial que mostra que o encontro com a linguagem não é sem consequências para o humano. Compreender a violência por meio desse ensino supõe adentrar-se na constituição do laço social, considerar os discursos que imperam em dado contexto histórico e não perder de vista as formas como os sujeitos são capazes de responder aos mesmos, já que a pulsão está presente também em momentos pacíficos.

Neste ângulo, no encontro com a linguagem, a violência se dissemina de forma volátil (sutil e invisível) e adquire um caráter transcendente, variando sempre de acordo com o local e o momento histórico. Essa variância é factual, mas sua ocorrência é algo constante. Os danos provocados por essa forma de comunicação podem ser tão profundos quanto os atos físicos. Sendo assim, todos os indivíduos são afetados de alguma forma pelo discurso. Nesse viés surge a Comunicação Não Violenta (CNV), uma proposta construída pelo psicólogo norte-americano, Marshall B. Rosenberg (2006, p. 24), para quem

A CNV nos ajuda a reformular a maneira pela qual nos expressamos e ouvimos os outros. Nossas palavras, em vez de serem reações repetitivas e automáticas, tornam-se respostas conscientes, firmemente baseadas na consciência do que estamos percebendo, sentindo e desejando.

Tal ferramenta constitui um processo de comunicação que pretende romper com a lógica belicosa ou de disputa, frequentemente presente nos encontros ‘comunicacionais’ cotidianos, propondo o uso de uma comunicação mais consciente, baseada na compreensão e expressão de sentimentos e necessidades de todos os atores do processo dialógico, o que permite o resgate efetivo da humanidade, da empatia e do respeito. É caracterizada

pela cooperação mútua, fazendo com que a troca presente na comunicação seja pautada por um estado de consciência em que a compaixão, o respeito, a atenção e a empatia prevalecem entre as pessoas.

A CNV é um processo que “nos leva a nos entregarmos de coração, ligando-nos a nós mesmos e aos outros de maneira tal que permite que nossa compaixão natural floresça” (ROSENBERG, 2003, p. 23). Abrange, assim, um significado amplo, de caráter construtivo, colaborativo, baseado em uma comunicação empática, em que o objetivo é sair do espaço de julgamento ao observar o outro.

Pode ser definida, ainda, como um método de gestão de conflitos, pois conecta as pessoas, e mesmo sem negar/eliminar as diferenças entre elas existentes, permite a construção de relações não violentas e respeitadas, de modo que os diferentes aspectos individuais e interpessoais não sejam eliminados, mas vivenciados de modo a enriquecer as experiências humanas. É um caminho para a construção de pontes entre dois sujeitos, que permite a aproximação e, não obstante a existência do conflito, possibilita a constituição de laços baseados na empatia permitindo compreensão das necessidades e dos sentimentos de todos.

A CNV baseia-se, portanto, em “habilidades de linguagem e comunicação” capazes “de reformular a maneira como nos expressamos e ouvimos os outros” (ROSENBERG, 2006, p. 21) e permite que todos os envolvidos no processo comunicacional digam de forma clara o que observam, sentem e necessitam diante das situações, estimulando-os a formularem pedidos claros, não apenas ordens, aos demais. Nestes elementos encontram-se, segundo Rosenberg (2006) os quatro componentes do processo de fala e escuta que a CNV propõe: a observação, o sentimento, a necessidade e o pedido.

Referindo-se a primeiro componente da CNV, Rosenberg (2006, 51) menciona a importância de “[...] separar observação de avaliação”, pois “precisamos observar claramente, sem acrescentar nenhuma avaliação, o que vemos, ouvimos ou tocamos que afeta nossa sensação de bem-estar.” Para o autor (2006, p. 50) quando emitimos avaliações e julgamentos, corremos o risco de que a pessoa com quem falamos, compreenda nossas manifestações como críticas, o que pode vir a bloquear o processo comunicacional, “diminuindo a probabilidade de que a mesma ouça a mensagem que lhe desejamos transmitir”.

A segunda etapa do processo da CNV refere-se a identificação e expressão dos sentimentos que os fatos observados provocam, sendo esta uma das partes mais delicadas do processo. As pessoas, como regra, não buscam construir consciência sobre os próprios sentimentos e assumir responsabilidades por eles, como também não atentam para os sentimentos dos outros, seus interlocutores. O terceiro passo consiste em expressar quais as necessidades estão relacionadas aos sentimentos e aos fatos observados, desenvolvendo uma clareza de expressão cuja honestidade ocupa um papel fundamental. Neste processo, o sujeito deve proferir ao outro palavras que comuniquem sua vontade de mudança, ou

seja, sua necessidade. Ao dizer algo que é preciso para si mesmo, tendencialmente a outra pessoa escutará verdadeiramente, pois há clareza na comunicação.

Diante do sentimento e da necessidade identificados, por último, deve se fazer o pedido. Como quarto componente da CNV, o pedido representa o que realmente é preciso que a outra pessoa faça para que a situação melhore. O pedido deve ser sempre expresso de forma clara e objetiva, indicando ações concretas que se esperam da outra pessoa para que a necessidade seja atendida. Por meio dele, busca-se maior compreensão mútua, objetivando tornar visível e claro o que cada um precisa do outro para atender nossas necessidades e garantir maior harmonia nas relações.

A CNV estrutura-se em duas partes: expressar-se com honestidade e receber com empatia. Todo o processo presume sinceridade e consciência. Ao valer-se dela, o indivíduo expressa com clareza o que está ocorrendo internamente, dirigindo-se a outras pessoas, mas também ouve de forma plena, por meio de uma escuta empática e comprometida. Esse processo é extremamente desafiador, pois, segundo Rosenberg (2006, 157) “em vez de empatia, tendemos a ter uma forte premência de dar conselhos ou encorajamento e de explicar nossa própria posição ou sentimento. Já a empatia requer que o ouvinte “[...] se concentre plenamente a atenção na mensagem da outra pessoa.”, dando a ela “[...] o tempo e espaço de que precisa para se expressar completamente e sentir-se compreendida”. Assim, a CNV consegue propor uma mudança de hábitos de comunicação, que comumente são automáticos e desinteressados, trazendo uma perspectiva humana de entendimento e de aprimoramento da relação entre as pessoas.

## **4 | A COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA NOS PROCEDIMENTOS RESTAURATIVOS DESENVOLVIDOS PELO PROJETO CIDADANIA PARA TODOS**

A Comunicação Não Violenta representa uma forma de se relacionar que possibilita a conexão verdadeira entre sujeitos. A utilização de tais práticas pode estar presente nas mais diversas relações cotidianas, de forma a contribuir para uma significativa melhora na qualidade dos relacionamentos interpessoais. As etapas que envolvem a CNV (observar sem julgar, expressar sentimentos e necessidades e, por último, realizar pedidos) se fazem presentes, em diferentes proporções, nas atividades desenvolvidas pelo projeto de extensão Cidadania para Todos. Neste viés, tal ferramenta assume, invariavelmente, um papel transformador durante a realização dos círculos restaurativos.

Todas as etapas do círculo observam princípios como a voluntariedade e a confidencialidade, de modo que os participantes não são pressionados a falar caso não o queiram. Nesse sentido, são apresentados e discutidos, inicialmente, valores como liberdade, empatia, igualdade, respeito, diferença, paz, responsabilidade, entre outros, sendo os integrantes chamados a escolher qual deles deve conduzir o diálogo no círculo

e qual consideram mais importante nas relações cotidianas. Tal exercício possibilita a formação de um lugar diferenciado, que proporciona a reflexão, o protagonismo dos envolvidos e a vivência de valores básicos civilizatórios. Posteriormente, no momento de construção das diretrizes, são definidos acordos que nortearão as atividades, indicando como os participantes vão conduzir o círculo. Em tais momentos, torna-se visível como os elementos estruturantes da CNV se fazem presentes. Diretrizes como falar de si, não julgar e ser sincero, descrevem quais comportamentos os participantes sentem que tornarão o espaço seguro para que possam falar suas verdades. Esses acordos são elaborados conjuntamente e adotados por consenso, guiando o desenvolvimento do círculo.

Cumprir destacar a realização dos círculos de construção de paz, desenvolvidos com o objetivo de proporcionar um espaço de respeito e atenção plena, oportunizando que cada sujeito fale sobre sentimentos e conte suas histórias pessoais. Tal processo é realizado através de todas as etapas citadas anteriormente e busca promover um ambiente no qual os participantes sintam-se seguros para falar e compartilhar valores, de modo a construir relações orientadas pela paz e de maior profundidade com o outro. Os círculos de construção de paz seriam, segundo Kay Pranis, “[...] acima de tudo, um lugar para criar relacionamentos. É um espaço em que os participantes podem se conectar uns com os outros”. (2011, p. 16).

Em cada uma das fases desenvolvidas nos diversos círculos, o diálogo ocupa um papel de destaque. O respeito mútuo e a liberdade de expressão são valores que guiam o desenvolvimento das atividades. O foco é voltado para as necessidades que cada sujeito gostaria de ver ser atendida. Nesse contexto, os participantes são provocados a sair de uma condição de passividade e assumir o protagonismo, sendo estimulados a falar sobre aquilo que precisam.

Nos círculos restaurativos, lugar em que o diálogo ocupa um lugar fundamental, a utilização da CNV para expressar sentimentos e identificar necessidades tende a produzir impactos bastante significativos tanto no que diz respeito ao reconhecimento do outro quanto na exteriorização honesta daquilo que se sente ou deseja. Uma fala sincera tende a produzir compaixão e identificação. Ademais, atenta-se ao fato de que julgamentos morais ou comparações produzem um impacto negativo nas relações e, além de ser uma expressão de necessidades não atendidas, estimulam a violência. Desse modo, é possível perceber que, em diferentes proporções, a CNV está presente nas diversas atividades desenvolvidas pelo projeto Cidadania para Todos. Ainda que tal ferramenta apareça de forma mais explícita em algumas atividades e de maneira mais sutil em outras, pode-se perceber que tal forma de comunicação estimula a reflexão e gera conexão, fazendo com que a adoção de uma comunicação clara e empática seja possível diante do cotidiano.

Todos esses mecanismos são transformadores ao possibilitarem aos participantes o contato com outra forma de observar as relações humanas, dando atenção ao que o outro está emitindo, sentindo e necessitando. Nos círculos restaurativos, tais processos se

tornam possíveis pois

[...] os círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais. (PRANIS, 2011 p. 13)

Em síntese, a justiça restaurativa utiliza-se desta forma de comunicação para proporcionar uma maior aproximação entre as partes, de modo a que os sentimentos sejam valorizados e as necessidades reconhecidas. Nos círculos restaurativos, tal prática é extremamente significativa, dado o fato de que os indivíduos saem de uma condição de acusado, acusador ou vítima, para um ambiente de escuta plena, condicionados a gerar empatia um pelo outro.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em questão teve por objetivo analisar as formas de atuação da Justiça Restaurativa não apenas enquanto estratégias diferenciadas de atendimento de conflitos, mas também como instrumentos de prevenção à violência e de promoção de modelos de convivência pacíficos e igualitários, tendo em vista a crise dos modelos tradicionais, baseados na lógica punitiva e retributiva. Tais modelos mostram-se ineficazes, dado que sua atuação se dá de maneira meramente superficial, não assegurando uma análise profunda do conflito, com atenção às necessidades das partes, bem como os pontos centrais que acabam por desencadear a prática de novos atos delitivos. Na justiça restaurativa são as partes que ocupam o papel principal na solução dos conflitos, e, por meio da CNV, que perpassa todo o processo, as mesmas são estimuladas a reconhecer sentimentos e necessidades, bem como, adotar uma postura de pleno respeito e escuta ativa dos demais, o que contribui para o estabelecimento de vínculos, da retomada da consciência e de auto responsabilização.

Neste aspecto, a CNV vai ao encontro dos princípios restaurativos e pode ser utilizada como ferramenta durante tais procedimentos, uma vez que contribuiu para a adoção de um novo olhar sobre o modo de se comunicar e relacionar com o outro. Constituída a partir de valores humanos que promovem o respeito e a cooperação, a CNV resgata o estado compassivo dos sujeitos, de modo a conectá-los consigo e com o outro, com honestidade e empatia.

Salienta-se, por fim, a importância assumida pelos círculos restaurativos por representarem novas possibilidades tanto para a prevenção da violência, quanto para o enfrentamento de conflitos. Ao proporcionar espaços seguros para a expressão de sentimentos, necessidades e opiniões, tais práticas permitem que os envolvidos em atos danosos se tornem protagonistas na busca por soluções e, de forma voluntária, assumam

a reponsabilidade com o resultado. A partir disso, ao permitir que os sujeitos sejam vistos em sua totalidade, se identifiquem com os demais em suas semelhanças, de forma a criar vínculos, os atos de violência deixam de servir como resposta aos problemas interpessoais. Tais aspectos demonstram o quanto tais vivências constituem formas de resgatar a autonomia dos indivíduos, de forma a empoderá-los e tornar possível a implementação de uma cultura de paz, construída a partir das posturas que cada sujeito assume diante das ações/relações cotidianas.

## REFERÊNCIAS

BESTER, Gisela Maria. **Cultura de paz, justiça restaurativa e humanismo com vistas ao resgate psíquico da vítima e ao não encarceramento:** ainda uma ode à busca da paz social com dignidade - cuidando do antes para evitar o durante e o depois tradicionais. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa/Portugal, ano 2, nº 7, páginas 6375-6433, março de 2013. Disponível em <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013\\_07\\_06375\\_06433.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06375_06433.pdf)>. Acesso em 20 Nov. 2021.

BOYES-WATSON, Carolyn; PRANIS, Kay. **No coração da esperança: guia de práticas circulares:** O uso de círculos de construção da paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis. Tradução: Fátima De Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011. 280 p.

CASTRO, Denilson Barbosa De; MARTINS, Paulo Fernando De Melo. **Correlações entre a Justiça Restaurativa e a Comunicação Não Violenta com a educação.** ESMAT, Tocantins, v. 7, n. 9, p. 107-142, jan./jun. 2015. Disponível em: <[http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista\\_esmat/article/view/42/53](http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/42/53)>. Acesso em: 20 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225, de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>> Acesso em: 12 jun. 2021.

FERRARI, Ilka. Agressividade e violência. **Psicologia Clínica**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 49-62, 2006/jun. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pc/v18n2/a05v18n2.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em Democracia.** São Paulo: Instituto Piaget, 2004.

JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. **Instituindo práticas restaurativas.** Disponível em: <<http://justica21.web1119.kinghost.net/index.php>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: uma abordagem baseada em valores. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.). **Justiça Restaurativa.** Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

MARSHALL, T. F. **A evolução da justiça restaurativa na Grã-Bretanha** *Jornal Europeu de Política Criminal e Pesquisa*. Restorative Justice Online, 1996. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/1228>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

MORRISON, Brenda. Justiça Restaurativa nas escolas. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PRANNIS, Kay; **Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Departamento de Artes Gráficas, 2011.

RESOLUÇÃO 2002/12 da ONU. **Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal**. Trad. de Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em <[http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material\\_de\\_Apoio/Resolucao\\_ONU\\_2002.pdf](http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf)>. Acesso em: 28 Nov. 2021.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça restaurativa**. Trad. Tônia VanAcker. São Paulo: Palas Athena Editora, 2008.

## A RELEVÂNCIA DA APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA SOCIEDADE PONTAGROSSENSE: CAMINHOS E DESAFIOS

*Data de aceite: 01/03/2022*

*Data de submissão: 09/01/2022*

### **Fabiana Odete da Silva dos Santos**

Acadêmica do Curso de Direito, Campus Ponta Grossa/PR, Universidade Cesumar - UNICESUMAR. Bolsista PIBIC8/ICETI-UniCesumar, aluna membro do Grupo de Estudos e Pesquisa de Clínica de Direito da Unicesumar. (CNPQ)  
<http://lattes.cnpq.br/5919696725028418>

### **Gilmara Aparecida Rosas Takassi**

Orientadora, Mestre, Departamento de Direito - UNICESUMAR – Campus Ponta Grossa. Mestre em Ciência Jurídica. Membro do grupo de pesquisa de Clínica de Direitos da UniCesumar. (CNPQ)  
<http://lattes.cnpq.br/5332924640729880>

### **Carla Simone Silva**

Coorientadora, Departamento de Direito - UNICESUMAR – Campus Ponta Grossa. Mestre em Linguagem, Identidade e Subjetividade. Membro do grupo de pesquisa de Clínica de Direitos da UniCesumar. (CNPQ)  
<http://lattes.cnpq.br/6972192012882993>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da Aplicação da Justiça Restaurativa (JR) na Sociedade Contemporânea em geral e especificamente, no Município de Ponta Grossa. Com o intuito de compreender, desde a origem da JR no Brasil, até os dias atuais. Assim como, as falhas e crises eminentes

no sistema convencional retributivo. Ademais, ressaltar o desenvolvimento, pelos projetos criados pelo Cejusc e outros relevantes, os quais são pautados na JR e realizados dentro da comunidade Pontagrossense. Bem como, apontar os benefícios e a importância de sua utilização, principalmente, levando em consideração os casos que foram solucionados e as relações restauradas. Tendo em vista, a importância de colocar em pauta, haja visto que este método de resolução de conflitos, ainda é pouco conhecido, bem como, sua eficácia pouco divulgada. A relevância do instituto se revela em especial, no reconhecimento e amparo, para com a vítima e a reparação e responsabilização do ofensor, diante o dano - diferentemente da realidade da justiça retributiva. Outrossim, conjecturar, sobre as formas de aplicação, a celeridade, economia processual e os casos a serem submetidos à esta modalidade, assim também, os desafios da aplicação e inserção da JR. A metodologia do trabalho, é uma pesquisa qualitativa, com revisão bibliográfica, documental, com levantamento de dados e entrevista com profissionais do Cejusc de Ponta Grossa – com o objetivo de difundir a metodologia da JR e incentivar sua utilização como meio de pacificação social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Restaurativa; Solução de Conflitos; Pacificação Social.

## THE RELEVANCE OF THE APPLICABILITY OF RESTORATION JUSTICE IN SOCIETY PONTAGROSSENSE: PATHS AND CHALLENGES

**ABSTRACT:** The present work aims to demonstrate the importance of the Application of Restorative Justice (JR) in Contemporary Society in general and specifically in the Municipality of Ponta Grossa. In order to understand, from the origin of JR in Brazil, to the present day. As well as the eminent failures and crises in the conventional retributive system. Furthermore, it is worth highlighting the development, through the projects created by Cejusc and other relevant ones, which are based on JR and carried out within the Pontagrossense community. As well as pointing out the benefits and importance of its use, especially taking into account the cases that were resolved and the relationships restored. In view of the importance of putting it on the agenda, given that this method of conflict resolution is still little known, as well as its little-publicized effectiveness. The institute's relevance is revealed in particular, in the recognition and support, towards the victim and the reparation and accountability of the offender, in the face of damage - unlike the reality of retributive justice. Also, to conjecture, about the forms of application, the speed, procedural economy and the cases to be submitted to this modality, as well as the challenges of the application and insertion of the JR. The work methodology is a qualitative research, with bibliographical and documental review, data collection and interviews with professionals from Cejusc in Ponta Grossa - with the objective of spreading the JR methodology and encouraging its use as a means of social pacification.

**KEYWORDS:** Restorative Justice; Conflict Resolution; Social Pacification.

### 1 | INTRODUÇÃO

Com este artigo, almeja-se apresentar uma análise sobre a Justiça Restaurativa, desde os indícios, até a forma atual. A qual começou a ser disseminada a pouco tempo. Dessa forma, compreender no âmbito geral, mas em especial a inserção no município de Ponta Grossa, onde vem sendo desenvolvidos projetos de integralização, pautados na JR – o artigo refere-se a uma abordagem crítica ao sistema punitivo, apresentando dados e compreendendo os caminhos desafiadores para à disseminação e aplicação na sociedade, esse “novo” modelo de ver o crime e a justiça, pautado em um novo olhar. Desconstruindo, uma vertente empregada a séculos, baseada em punição como resposta ao delito.

O trabalho, encontra-se dividido em tópicos, organizados a partir de uma concepção ampla, direcionada ao enfoque principal do estudo, adotando uma forma específica. Em primeiro lugar, procura-se conceituar a denominação, compreender a origem e adjunto uma explanação histórica. Por conseguinte, faz-se menção as crises e falhas que perpetua no sistema retributivo, ainda expõe a JR, como resposta. Por fim, exprime sobre os projetos existentes em Ponta Grossa, com vertente restaurativa.

Na sociedade contemporânea o sistema retributivo, ou seja, o convencional punitivo, embora pouco eficaz, mediante aos números alarmantes de violência e reincidência. Ainda é considerado por muitos a solução adequada, para que haja segurança social. Nesse sentido, outros meios, conseqüentemente, quando considerados, são denominados sem

efeitos ou ainda, como, mera forma de cooperar com o indivíduo que encontra-se, como ofensor. Visto que, a maioria dos indivíduos que formam a sociedade, ainda possui uma cultura de punição. Ideia oriunda do senso comum punitivo, em que aquele que não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não deve e não pode ser tratado como pessoa, pois caso receba tal tratamento, tornaria vulnerável a segurança das demais pessoas – os cidadãos. Inculcado através da estrutura que se consolidou, durante a formação do Brasil.

Para tanto, a fim de ampliar o paradigma restaurativo, como forma diferente de tratamento do punitivismo, faz-se necessário uma abordagem aos conceitos do que seja o novo paradigma de justiça, visando sua melhor compreensão. Nesse sentido, verificam-se algumas concepções da JR, as quais destacam aspectos principais que são trabalhadas no ideal restaurativo.

## 2 | ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À JUSTIÇA RESTAURATIVA

A prior, a denominação de Justiça Restaurativa é atribuída a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution* (Além da Restituição: Restituição Criativa). Porém, somente na década de 1990 que o conceito de justiça restaurativa estrutura ao que conhecemos hoje, isto através dos estudos de Howard Zehr, ao publicar *Trocando as Lentes*, livro paradigmático para a compreensão da JR. Rompendo e estabelecendo uma comparação com o modelo retributivo e, portanto, identificando a existência de mais formas de fazer ou ver a justiça. Sendo a Retributiva (convencional), a qual aplicada atualmente de forma predominante, e a Restaurativa - caracterizada, como trocar a lente, inverter os papéis e assim, desenvolver um novo olhar para o crime e a justiça.

Os modelos são opostos, mas não necessariamente conflitante. Uma vez que, podem ser utilizados em conjunto, visando a resolução, em casos específicos. Entretanto, a Justiça Retributiva, tem o Estado como a primeira vítima, que busca julgar, portanto, é uma ação específica delimitada no tempo e no espaço que se encaixe em um dos casos previstos na legislação como proibidos. A vítima cujos direitos foram violados, apesar de ser quem sofreu a violência, não tem qualquer papel na condução do processo que resultará na condenação. Sob a perspectiva retributiva, os aspectos que formam a ideia de crime são as seguintes:

1. O crime é definido pela violação da Lei;
2. Os danos são abstratos;
3. O crime está numa categoria distinta dos outros danos;
4. O Estado é a vítima;
5. O Estado e o Ofensor são as partes no processo;
6. As necessidades e os direitos das vítimas são ignorados;
7. As dimensões interpessoais são irrelevantes;
8. A natureza do crime é velada;
9. O dano causado ao ofensor é periférico;
10. A ofensa é definida em termos técnicos e jurídicos. (ZEHR, 2008, p.174)

Por sua vez, a Justiça Restaurativa, tem como principais pressupostos ao analisar o conflito crime:

1. O crime ao invés de ser uma violação da lei, antes um dano à pessoa e ao relacionamento;
2. Os danos, não são definidos de maneira abstrata, são definidos de maneira concreta em uma análise do caso;
3. O crime é concebido como um fato ligado a outros danos e conflitos, e não como ato isolado ou categoria distinta. O crime é um tipo de conflito;
4. As vítimas são as pessoas e não o Estado;
5. Tanto a vítima como o ofensor são partes no processo, e não apenas Estado e ofensor;
6. A preocupação central no processo são as necessidades e os direitos das vítimas;
7. As dimensões interpessoais são centrais e o principal foco;
8. A natureza conflituosa do crime é reconhecida;
9. O dano causado ao ofensor é importante;
10. A ofensa compreende-se em: ético, social, econômico e político. (Zehr, 2008, p.174)

Segundo Jaccoud (2005) a origem do que conhecemos por Justiça Restaurativa não é recente, uma vez que, existe evidências de práticas restaurativas antes mesmo da primeira era cristã. Práticas similares também são caracterizadas em alguns povos nativos da África, Europa e América do norte, sendo uma das atuais modalidades restaurativas originadas de comunidades aborígenes do Canadá (FABENI, 2013). As práticas similares mencionadas, ainda são existentes nas comunidades, dos povos nativos. Em julho de 2021, a OAB/SP, realizou um congresso internacional, onde contou com nomes e pesquisadores nacionais e internacionais importantes da JR, assim como, líderes representantes de comunidades indígenas, os quais relataram o uso de práticas, que titulamos atualmente, como práticas restaurativas.

A JR atualmente no Brasil é regulamentada pela Resolução 225/2016, a qual foi aprovada pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), após recomendação da ONU (Organização das Nações Unidas), a qual dispõe sobre a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do poder judiciário. Abordando em seus artigos, sobre: o conceito de JR, os princípios norteadores, os procedimentos restaurativos, entre outras coisas. Destarte, a Resolução retro mencionada, a princípio é uma norma jurídica destinada a disciplinar assuntos do interesse interno do CNJ e que são fundamentais serem normatizados, ou seja, é uma base de como podemos enxergar o crime. Segundo Ricardo Lewandowski:

Trata-se de um importante marco normativo para o Poder Judiciário que, ao difundir a aplicação coordenada e qualificada dos procedimentos restaurativos em todo o território nacional, assume relevo decisivo para a mudança do atual panorama de nosso sistema de Justiça criminal e infantojuvenil, além de consubstanciar-se como meio de concretização de princípios e direitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o acesso à Justiça e o exercício da cidadania, com vistas à pacificação social (Lewandowsk, 2016, s.p.).

Entretanto, a prática de JR não se pode titular como uma novidade do século XXI, haja visto que, era presente e praticada pelos nativos, como já mencionado. Porém de uma forma diferente, da qual normatizada pela resolução 225/2016. Ademais, importante

destacar, que as práticas restaurativas, foram substituídas pela forma punitiva. Tendo em vista a ganância de obter e demonstrar o poder, assim como conquistar territórios. Sendo fundamentada na lei de talião, popularmente conhecida, como “olho por olho e dente por dente”, ou seja, a forma de punir o outro na mesma proporção do dano causado, ideologia construída em cima do medo e poder. Uma vez que, os indivíduos, com grande poder aquisitivo decidia sobre a vida de outras, assim como, a forma de punição, ou seja, tudo que era contrário ao definido certo pelos homens do poder, teria uma punição, a qual os mesmos, decidiam sobre o teor, sem haver nenhuma regulamentação, atualmente não dissemelhante.

É de importância ressaltar que Braithwaite escritor inglês, aponta valores restaurativos, importantes, os quais em sua percepção a JR deve ser pautada e vivenciada. Sendo divididos em três grupos, valores implícitos que devemos observar:

- (1) Valores obrigatórios (constrangedores valores): não-dominação, empoderamento, obediência aos limites Máximo das limitações legalmente, escuta respeitosa, preocupação igualitária com todos os participantes, prestação de contas, apelação e respeito aos direitos humanos;
- (2) Maximizando valores: restauração da vítima e prevenção do delito;
- (3) Valores emergentes: perdão, desculpas e clemência. (BRAITHWAITE,2003, pp. 1-20).

### **3 I CRISES NO SISTEMA CONVENCIONAL PROPORCIONA JR**

O sistema atual, destina-se ao modelo punitivo e com foco no passado, ou seja, na culpabilidade do crime. Por sua vez, a JR significa restaurar as relações e com isso, alcançar a pacificação social. Visando a mudança e tendo foco no futuro. Buscando, entender cada caso, com sua individualidade, não sendo padronizado, como no sistema convencional. Assim, entrega ao conflito, uma justiça pautada na ética, rompendo com o efeito estigmatizador e excludente. Objetivando, a utilização do diálogo e respeito, entre e para as partes, as quais são consideradas autônomas, sendo realmente ouvidas, em especial a vítima, a qual não é vista como uma prova testemunhal, mas a protagonista da lide, que precisa de respostas e conformidade.

A justiça restaurativa é “um movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos” (JOHNSTONE; NESS, 2007)

Todavia, a normatização, assim como a recomendação da JR não vem sem motivo. A prática, ganha força no século atual, na medida em que a Justiça Tradicional passa por crises. Uma vez que dados aponta, que o sistema retributivo não está conseguindo, por si só, atingir o objetivo de reduzir a violência e os índices de reincidência, com a

punição penal estatal. Os dados recentes demonstram que a quantidade da população prisional brasileira só aumenta. Em 2019, o Infopen (Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro), apontou que os números, esses contados com todos os regimes são de 773.151 (setecentos e setenta e três mil e cento e cinquenta e um) indivíduos privados da liberdade. No entanto, a quantidade de homicídio, violência e afins, também possui um número crescente. Ou seja, a Justiça convencional, que trabalha com a punição, no âmbito nacional - sendo a privação da liberdade - não está atendendo o objetivo originário, que se conclui com a diminuição da criminalidade no Brasil.

A justiça restaurativa é, assim, o fruto de uma conjuntura complexa. Diretamente associada, em seu início, ao movimento de descriminalização, ela deu passagem ao desdobramento de numerosas experiências - piloto do sistema penal a partir da metade dos anos setenta (fase experimental), experiências que se institucionalizaram nos anos oitenta (fase de institucionalização) pela adoção de medidas legislativas específicas. A partir dos anos 90, a justiça restaurativa conhece uma fase de expansão e **possível inserção em todas as etapas do processo penal**. (Jaccoud. 2005, p.166, grifo nosso).

A Justiça Convencional, por sua vez não cumpre com a mudança. Uma vez que, interessa apenas com a punição e a retirada do indivíduo da sociedade e não, com a restituição da relação e a mudança do indivíduo. O sistema carcerário brasileiro a tempos passa por grandes crises de existência, segurança entre outras. As quais, possui um vínculo com a quantidade de facções que se desenvolve dentro do sistema, consequentemente ocasionando a superlotação, provindo, falta de vagas e direitos básicos aos detentos. Entretanto, o paradigma que aduz sobre a privação da liberdade, está um tanto equivocado, dados os números e a realidade.

Ante o fiasco unanimemente reconhecido da pena privativa de liberdade, máxime em sua ilusória proposta de reabilitação, além da decadência dos modelos de controle autoritários e da notória incapacidade do direito penal tradicional (repressivo) de vencer os desafios da criminalidade contemporânea, se robustece cada vez mais, no âmbito do processo penal e da execução da pena, a percepção de que se impõe uma mudança profunda no paradigma da justiça criminal, com a adoção de novos conceitos, de estratégias mais eficazes e legítimas, entre as quais se incluem as formas ou vias alternativas de punição e resolução de conflitos, em especial através de medidas construtivas como a mediação, a conciliação e a arbitragem. (LEAL. Cap 2, 2007)

Dessarte, os apenados quando inseridos no sistema prisional perdem totalmente o espaço de fala, seus direitos propriamente dito, de interação com a sociedade e, ainda, são esquecidos por todos. Além disso, após o período de encarceramento experimentam um estado de despreparação no sentido de encarar a vida exterior, fora dos muros das penitenciárias. Ainda, a questão da reconstrução de um senso de responsabilidade e de integralização se faz necessária, somada à ideia de que a prisão guarda em si, paradoxalmente, a função de punição.

Objetificando, um novo cenário dessa realidade e devido ao grande número de indivíduos presos em péssimas condições, vêm sendo desenvolvidos, alternativas que fogem da punição e privação escancarada. Utilizando novas formas, como por exemplo, a monitoração eletrônica (tornozeleira eletrônica). Porém o número de crimes, violência, como expresso em dados, aumenta consideravelmente. Tais fatos decorrem, de inúmeras questões, como: A falta de políticas públicas, educação, oportunidade, projetos no cárcere etc. Visando a igualdade, oportunidade e mais especificadamente, a integração do indivíduo na sociedade e a restituição das relações.

É errônea, a forma que o cárcere é desenvolvido atualmente no ordenamento brasileiro, sabendo que a ideia disseminada, quando criado esse sistema era de forma temporária e com objetivo de inserir novamente o indivíduo na sociedade. Desenvolvendo mudança e levando o mesmo a refletir sobre o ato cometido. Entretanto, o que vem perpetuando na sociedade é a prisão e o esquecimento do indivíduo, a punição sem resposta. Sendo assim, o mesmo, não é inserido, dificilmente ressocializado, uma vez que o governo não fomenta a mudança, mas felicita por construção de presídios.

Outro fator de suma importância, que assola o sistema punitivo brasileiro é que, além da precariedade do sistema, formado pelas crises citadas. As políticas de encarceramento voltam-se, contra a população negra e pobre, ou seja, os indivíduos que permanecem e são esquecidos no cárcere são os que não possui cargos ou títulos. Segundo dados do Infopen 61,7% dos presos são pretos ou pardos. Ademais, o tipo penal que há mais frequência de prisão é o tráfico, o qual não possui uma vítima de fato, uma vez que a “vítima” da conduta de traficar é classificada pelo ordenamento, como a ordem pública. Assim como, outros delitos que envolvem a ordem, segurança e saúde pública, como as condutas ilícitas de políticos, os quais não são punidos.

O indivíduo que se encontra como ofensor, sem perspectiva de mudança e melhoria em sua vida, acaba tornando-se reincidente, isto é, volta a cometer o ato, seja esse, por vontade ou necessidade. Devido à falta de oportunidade e o olhar de julgamento da sociedade. É perceptível, que um percentual da sociedade se contenta com a prisão, com o falso sentimento de segurança. Entretanto, essas percepções se promovem, dado o senso comum e a individualidade, enraizadas na sociedade brasileira. Uma vez que, fomos “colonizados pelas rotinas procedimentais da justiça criminal tradicional, sem o abandono do formalismo e igualmente sem a busca por soluções consensuais dos conflitos”. (Achutti,2012:172).

Neste contexto, muito diferente dos padrões ordinários da justiça penal (que não se pretende substituir por hora), de cunho nitidamente punitivo, retributivo e excludente no qual os atores principais são compostos pela máquina estatal e seus agentes. Emerge a prior de modo complementar a Justiça Restaurativa, como um processo em que a vítima, o infrator e, quando necessário, outra pessoa ou membro da comunidade ou familiar, afetados por um delito, participem de forma ativa da resolução. Tendo a necessidade da

ajuda de um facilitador.

A sociedade atual revela-se muito mais como um espaço no qual os homens tendem a avançar sobre os outros, em uma luta desigual pela sobrevivência, razão pela qual a justiça penal atua para “garantir” uma coexistência pacífica entre aqueles que vivem em uma sociedade, tendo como escopo o controle da vingança privada e racionalizar a resposta aos fatos considerados criminosos. (GIMENEZ e SPENGLER. pg. 8, vol.08, nº 1. 2018)

Dessarte, a lógica do sistema punitivo (crime, processo e pena), não apresentam uma preocupação com os sujeitos envolvidas no conflito. Assim, a vítima que deveria ter seus direitos preservados e um olhar de atenção, acaba se frustrando ainda mais. O infrator, por sua vez é julgado e preso, não tendo a capacidade de perceber o mal que instaurou na vida da vítima. A JR em oposição ao modelo Retributivo, possui um novo olhar para o crime e os indivíduos do conflito (Infrator, Vítima e Sociedade). Buscando assim, como aponta Zehr “soluções que promovam reparações, reconciliações e segurança”. Dessa forma, apresentando uma preocupação de fato com a mudança. Uma vez, que tanto a vítima, tanto o infrator precisa de ajuda, de uma restituição em suas vidas.

#### **4 | A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO RESPOSTA**

Howard Zehr, professor de Sociologia e co-diretor do *Center for Justice and Peacebuilding*, em sua obra pioneira *Trocando as Lentes (Changing Lenses)*, dizia que se trata de uma mudança de lentes, como numa câmera fotográfica: a imagem é a mesma, porém cada uma das lentes a capta de ângulos e perspectivas diferentes. No sistema retributivo as perguntas clássicas são: Quem cometeu o delito? Quais leis foram violadas? Qual é a pena a ser aplicadas? São substituídas por novas interrogações, como : Quem sofreu o dano? E a vítima? Quais são suas necessidades neste exato instante? De que modo podemos ajudá-la?

Nessa ótica, a Justiça Restaurativa assume relevância na condição de matriz teórica a partir da qual é possível um novo modelo de justiça, bem como de uma filosofia e de uma cultura, cada um é capaz de captar a mesma imagem sob ângulos e perspectivas diferentes e produzir resultados completamente diferentes, opondo-se ao etiquetamento social, visto que a seletividade, somente, reproduz o senso comum majoritário, punindo-se as condutas desviantes sob uma perspectiva apenas, a dominante. (GIMENEZ e SPENGLER. pg.7, vol.08, nº 1. 2018)

Dessa maneira, no conflito encontra-se a vítima, que é imprescindível que supere o trauma e siga sua vida e o infrator que deve compreender o dano que causou na vida de outrem e que assim, oportunamente, objetifique a mudança. Cabe inserir, que há de fato tipos de infrator, os que cometeram inflações leves, medianas, graves e os psicopatas. Ademais, a JR serve de voz para os grupos minoritários da sociedade, uma vez que as partes do conflito possuem voz e espaço, para; compreender e expressar. Utilizando do

diálogo para a compreensão do motivo, se houve motivo, criando, um panorama sobre o conflito. Tendo assim, um olhar especial ao indivíduo que está em situação de vítima, uma vez que o mesmo, possui insegurança, medo, ocasionado pelo fato crime. Nessa situação os enigmas serão compreendidos e respondidos.

Assim, ressaltam-se as três concepções de Justiça Restaurativa apresentadas por Pallamolla.

A concepção do encontro, a concepção da reparação e a concepção da transformação. Desta última, refere-se ao aspecto em que é possível trabalhar com o pensamento da ética e da capacidade do indivíduo colocar-se no lugar do outro, possibilitando a construção de uma dimensão ética de responsabilidade e transformação nas relações (2009, p. 55 apud JOHNSTONE e VAN NESS, 2007, p. 8)

Desse modo, a JR, tem objetivo de reparar o dano causado a vítima do crime, com enfoque em restaurar as relações humanas, como, a confiança perdida pela vítima, a conscientização do infrator pelo ato cometido. Nesse seguimento, a manifestação de apoio e conceção de espaço para a vítima é extremamente importante. Ressalta-se então, além do que já mencionado, que a JR, traz uma abertura para solucionar dúvidas, como: Por que comigo? Por que eu estava ali? O ofensor não se preocupou comigo? Será que a culpa é minha? Sejam respondidas. Dessa forma na JR, a vítima assumi o papel de protagonista da solução, passa a entender o motivo, ou, que não houve nenhum. Assim, faz-se oportuno reproduzir uma explicação de Renato SG Pinto.

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade, afetados pelo crime, como entidades competentes, participam coletivamente e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. (Pinto; Renato 2005, p.20)

Compreender o crime sob outra perspectiva é um dos pressupostos da JR. Contudo este não é único elemento que compõe. Sobre isto, salienta-se que a materialização da referida prática se dá pela adoção de metodologias diferenciadas, como por exemplo, a Mediação Vítima – Ofensor (MVO), Conferências Restaurativas e Círculos Restaurativos ou de Sentenciamento, as quais buscam solucionar os conflitos decorrentes do crime. Sendo tais procedimentos pautados em valores e princípios, a exemplo; o respeito, a participação; voluntariedade, equidade, imparcialidade, confidencialidade, dentre outros.

Ademais, o modelo de integração possibilita, que os sujeitos sejam assistidos, amparados por profissionais capacitados: o facilitador (mediador) - com uma visão clara das regras e princípios, além da formação psicológica e sociológica, que torna o ambiente adequado. O encontro permite que as pessoas envolvidas compartilhem seus medos, suas dores e possam juntos refletir sobre o ocorrido, suas razões e suas consequências, e definir formas de restauração. Possibilitando perguntas, respostas e a inversão de papéis, ou seja, instaura um diálogo diretamente ou até mesmo indiretamente, entre as partes envolvidas.

Tendo um valor não dominante como aponta *Braithwaite* (2003), a JR, apresenta as necessidades da vítima, assim como do infrator e não há o Estado se apropriando dos conflitos e se colocando como vítima. Dessa forma, as partes resolvem seus conflitos. Assim, desenvolvem e aprendem com o conflito. Mesmo não sendo objetivo principal da justiça restaurativa compreender as causas ensejadoras do crime, e sim a resolução do conflito oriundo de sua ocorrência. Esta abordagem não desconsidera que muitos desses crimes, são reflexos de violações sofridas, durante o processo de desenvolvimento humano dos ofensores, os quais podem proceder de vulnerabilidade socioeconômica e/ou submissão a situações abusivas. Tal premissa indica que além do atendimento das necessidades das vítimas, o processo restaurativo também deve contemplar aquelas oriundas dos ofensores.

No entanto, se faz pertinente ressaltar que essa modalidade de resolução à princípio, não deve ser inserida de forma única ou final, visto que, dentro das estruturas sociais são existentes outras mazelas a serem observadas e extintas, as quais possui ligação, no âmbito de restituição das relações e da sociedade, pois a violência, a falta de oportunidade é visível a olho nu. Ideologias singularizadas marcam e afetam sociedades.

Dessa forma, a JR é uma nova lente para que o sistema punitivo atual, seja no futuro próximo, apenas uma opção em casos de perigo eminente à sociedade. Objetivando, uma sociedade distinta da atual, com percepções diferentes e humanas. Que vise e ajude na restituição e mudança do cenário atual, o qual deve ser dizimado. Dado as faltas de oportunidade, respeito e igualdade entre os indivíduos. Não se espera um “mundo de contos de fadas”, mas sim, próspero e igualitário.

A justiça restaurativa não significa uma resposta à todas as situações. Não visa substituir o sistema legal vigente – o qual é guardião dos direitos humanos básicos e do Estado Democrático de Direito – mas de modo complementar, dar efetividade à implementação da justiça, contribuindo desta forma, para a construção de uma cultura de paz. (PRUDENTE; SABADELL, pg 12, 2008)

Contudo, na sociedade brasileira, a justiça restaurativa, majoritariamente, tem se voltado à resolução de conflitos de menor potencial ofensivo, seja no âmbito da justiça criminal, juizados especiais, ou na justiça juvenil. Nesse sentido, pretende-se e faz-se necessário abordar, novas searas, como, atendimento de casos graves, que apresentam desafios à referida prática. A tendência de inclusão de casos considerados mais graves, desmistifica o conceito equivocado de que a JR, destina-se apenas à crimes leves e contribui para diminuir os riscos de extensão da rede de controle penal, porém também apresenta novos desafios.

Eminente que JR caracteriza, como uma nova maneira de se fazer justiça, não tendo primordialmente a preocupação com o dano material, mas sim com as relações sociais que compõe e desenvolve uma sociedade. Confia-se no potencial de transformação positiva do agressor e responsabilização pelos danos cometidos. Dessa forma, o paradigma restaurativo proporciona uma transformação na visão ideológica acerca da prática

criminosa, uma vez que o tradicional sistema de justiça compreende o crime como uma violação à ordem jurídica, o tipo penal, razão pela qual o Estado retribui à prática delituosa por meio da culpa, do castigo e da exclusão, impondo uma pena. De acordo com Zehr (2012, p. 24), “o movimento de Justiça Restaurativa começou como um esforço de repensar as necessidades que o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo”

## 5 | A IMPORTÂNCIA DOS PROJETOS PAUTADOS NA JR NO MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

A prior, o modelo de restauração das relações, iniciou na comarca de Ponta Grossa, com a premissa de ser modelo para as demais comarcas. Nesse sentido, em 2016 foi lançado na cidade, um projeto piloto, implantado pelo TJPR (Tribunal de Justiça do Paraná), diante ao Cejusc (Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania), ao mesmo passo da resolução 225, a qual regulamenta sobre práticas restaurativas. Além disso, a implantação do projeto tinha, como objetivo a disseminação da oitava meta do CNJ de 2016 – A Implementação de projeto e oferecimento de práticas de Justiça Restaurativas.

Tendo em visto, a nova utilização de programas e práticas restaurativas, necessário a existência de princípios norteadores. Nesse sentido, a JR um notável exemplo de eficácia e de nova vertente, baseia-se em cinco pontos básicos:

1. **O encontro:** do ofensor e da vítima, assim como outras pessoas, as quais, tendo ambos os vínculos, de afeto ou atenção, possam oferecer-lhes sua assistência, sendo indispensável a participação de uma parte.
2. **A reparação:** consistente na devolução ou restituição do bem, pagamento monetário (indenização), prestação de serviço a favor da vítima (concreta) ou, em seu caso, das vítimas secundárias ou da comunidade. Ademais, a satisfação da vítima, sendo inegável que a reparação procedida, dessa forma é mais satisfatória do que aquela oriunda de uma ordem judicial formal. Além de material, a reparação pode ser simbólica (pedido de desculpas, provas de pesar e de remorso etc.
3. **A reintegração:** se trata neste caso não só do ofensor senão também da vítima (estigmatizada em certos casos, às vezes com complexo de culpa); a questão vai muito mais além da mera tolerância ao reingresso do infrator; a proposta é aceitar seu retorno e contribuir, de modo tangível, para sua emenda, sua integração produtiva e completa, evitando a reincidência;
4. **A participação ou inclusão:** se oferece às partes uma participação ativa (apoderamento), em condições de igualdade, em todas as fases do processo em busca de uma solução de consenso, justa e precisa; e
5. **A transformação:** se busca transformar as pessoas (ofensor e vítima) e a comunidade, criando vínculos mais fortes de compreensão e solidariedade.

Com tal premissa, ao decorrer o tempo e tendo em vista o retorno efetivo, outros projetos foram criados de acordo com as necessidades e particularidades. De acordo

com levantamento de dados e no folder digital do Cejusc, atualmente existe 15 projetos pautados em meios alternativos de resolução de conflito, sendo 14 fundamentados na justiça integradora, com intuito em reparar o dano, restaurar relações e integrar as partes. Contudo, importante ressaltar sobre cada projeto e sua individualidade, sendo esses:

- **CIRCULANDO RELACIONAMENTOS:** O projeto visa proporcionar aos envolvidos nos conflitos decorrentes de violência doméstica e familiar, adequado e especializado atendimento, com fundamento nos princípios da Justiça Restaurativa, incentivando o diálogo, a empatia, o empoderamento da vítima e a responsabilização do ofensor. **Parceiros:** Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Ponta Grossa; 16ª Promotoria de Justiça; Fundação de Assistência Social;
- **CENTRAL DE REFLEXÃO:** Consiste em 5 oficinas temáticas, sob os fundamentos e valores da JR. Destinada somente para homens, encaminhados a partir da audiência de custódia, como aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Nas oficinas são abordados temas como: construção de gênero, machismo, comunicação não violenta, legislação e construção de relacionamentos saudáveis. As situações de violência doméstica e familiar também podem ser encaminhadas para o projeto Central de Reflexão. **Parceiros:** Varas Criminais e Promotores de Varas Criminais de Ponta Grossa;
- **NA MEDIDA QUE EU PENSO:** Por meio de 5 oficinas temáticas de filosofia - com a utilização da principiologia dos círculos de construção de paz - proporciona-se aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, reflexões sobre a conduta e responsabilidade pelos seus atos. Ao mesmo tempo é realizado grupo de pais/responsáveis com o acolhimento das angústias e frustrações dos responsáveis e orientações quanto ao relacionamento com os adolescentes. **Parceiros:** Vara da Infância e Juventude; 14ª Promotoria de Justiça, curso de Psicologia da Faculdade Sant'ana; Fundação de Assistência Social.
- **ADOLESENDO:** Realização de 5 encontros temáticos de filosofia para adolescentes em situação de risco e medidas de proteção. Ao mesmo tempo, é realizado grupo de pais/responsáveis, com o acolhimento das angústias e frustrações dos responsáveis e orientações quanto ao relacionamento com os adolescentes. **Parceiros:** Vara da Infância e Juventude; 15ª Promotoria de Justiça; Curso de Psicologia da Faculdade Sant'ana; Fundação de Assistência Social;
- **ESCOLA RESTAURATIVA:** Visa o enfrentamento da violência e da sua banalização no ambiente escolar, a partir da resignificação, da restauração e do fortalecimento das relações que permeiam o ambiente escolar, por meio da capacitação de profissionais e de estudantes que têm interface com a rede de ensino. **Parceiro:** Instituto Mundo Melhor;
- **JOVENS PROMISSORES:** Promove aos adolescentes autores de ato infracional, em cumprimento de medida socioeducativa de Liberdade Assistida, a participação em círculos restaurativos, visitas guiadas a instituições públicas e

empresas privadas e cursos de qualificação profissional de curta duração. **Parceiros:** Instituto Mundo Melhor; Fundação de Assistência Social; Ministério Público do Paraná; Fórum de Ponta Grossa; Operário Ferroviário Esporte Clube; Unicesumar; Universidade Estadual de Ponta Grossa; Polícia Militar do Paraná;

- **FALANDO EM FAMILIA:** Trata-se de oficina, onde são convidadas as partes de processos oriundos das Varas de Família de PG. Os encontros se realizam sempre em datas que antecedem a sessão de mediação, que também é realizada no CEJUSC. O principal objetivo é informar os envolvidos num conflito familiar sobre os caminhos que o processo poderá seguir, fazendo-os refletir sobre temas como alienação parental, divórcio, necessidade de diálogo mesmo após o término de uma relação amorosa, interferência da litigiosidade no relacionamento com os filhos. **Parceiros:** Departamento de Direito das Relações Sociais da Universidade Estadual de Ponta Grossa; Curso de Direito da UniSecal;
- **PERTECER:** O projeto objetiva resgatar o senso comunitário e o empoderamento da comunidade na resolução e transformação de conflitos por meio da Justiça Restaurativa. Moradores voluntários são capacitados e se tornam facilitadores comunitários na resolução de conflitos da sua comunidade e na promoção do fortalecimento de vínculos. **Parceiros:** Moradores e associações de moradores;
- **CÍRCULO VIRTUAL:** Em apoio ao distanciamento social. No círculo, o poder de fala é compartilhado com todos os participantes, além de ser baseado em contação de histórias. Neste contexto, o círculo é adaptado para o formato virtual e qualquer pessoa, de qualquer lugar, pode participar. Tem por objetivo compartilhar e acolher como cada pessoa está vivenciando este momento. Ocorre com frequência quinzenal e requer a inscrição do participante em formulário divulgado nas redes sociais pelo CEJUSC/PG. **Parceiros:** facilitadores voluntários;
- **PROSSIGA:** O projeto tem por finalidade oportunizar que infratores de crimes de trânsito reflitam sobre a responsabilidade quando da condução de veículos automotores, por meio da participação em diferentes atividades, promovidas pelos parceiros do projeto. **Parceiros:** Prefeitura Municipal de Ponta Grossa; SAMU; Detran/PG; Alcoólicos Anônimos; Escritório Social;
- **CÚSTODIA RESTAURATIVA:** Este projeto busca aliar as medidas alternativas diversas da prisão aos fundamentos da Justiça Restaurativa, tendo como objetivo promover a responsabilização quanto à prática do crime. Os custodiados são inseridos em grupos reflexivos, onde se abordam temas como história de vida, responsabilização, legislação e cidadania, empatia com relação às vítimas e projeto de vida. Destinado aos autores de crimes comuns. **Parceiro:** 1º Vara Criminal de Ponta Grossa;
- **EU COM VERSO:** Apoio psicológico ofertado a vítimas de crimes, tendo como objetivo principal auxiliar a transpor toda dor e sofrimento causado pela violência. Procura, ainda, dar suporte para que haja uma reorganização interna que

leve a um recomeço, depois do trauma sofrido. **Parceiro:** 1º Vara Criminal de Ponta Grossa;

- **TRAVESSIA:** Projeto de realização de práticas restaurativas para promoção do encontro entre vítima, ofensor e seus apoiadores, a fim de falar em um ambiente seguro e respeitoso sobre os danos e as consequências decorrentes do crime. Também contempla a realização de círculos de comprometimento para a progressão dos presos para a UP (Unidade de Progressão). **Parceiros:** Penitenciária Estadual de Ponta Grossa; Defensoria Pública do estado do Paraná; UniSecal;
- **CEI DE COR:** Central Interdisciplinar de Acordo de Não Persecução Penal. A Lei 13.964/2019 aperfeiçoou a legislação penal e a sistemática processual penal, possibilitando o acordo de não persecução penal, para os envolvidos em crime. Consiste em 5 encontros de círculos de construção de paz, diálogo e responsabilização, 3 tertúlias pedagógicas dialógicas e encontro vítima-ofensor para reparação do dano. **Parceiros:** 1º Vara Criminal de Ponta Grossa e 8º Promotoria de Justiça de Ponta Grossa.

Fonte: Folder Digital – Cejusc de Ponta Grossa projetos

Todos os projetos retro mencionados são baseados na JR, norteados pelos princípios de voluntariedade, imparcialidade, escuta ativa, empoderamento da vítima, reparação e conscientização do dano. Adentrando e mudando o paradigma de punição, objetivando, portanto, a utilização dos mecanismos penais quando absolutamente necessários, isto é, quando os demais meios não se apresentassem eficazes. Dessa maneira, a JR - encoraja a vítima e seu ofensor a assumir papéis mais ativos ao tratar o conflito mediante discussão e negociação, reservando-se aos agentes públicos o papel de facilitadores, os quais utilizam a linguagem que os coloca no mesmo nível de poder das partes.

Todo ser humano requer um grau de autodeterminação e autonomia em suas vidas. O crime rouba este poder das vítimas, já que outra pessoa exerceu controle sobre elas sem seu consentimento. A Justiça Restaurativa devolve os poderes a estas vítimas, dando-lhes um papel ativo para determinar quais são as suas necessidades e como estas devem ser satisfeitas. Isso também dá poder aos infratores de responsabilizar-se por suas ofensas, fazer o possível para remediar o dano que causaram e iniciar um processo de reabilitação e reintegração. (MARSHAL; BOYACK; BOWEN, 2007a. p. 273)

Ainda, ao tratar de projetos baseados na JR no Município de Ponta Grossa, vem sendo desenvolvido na PEPG (Penitenciária Estadual de Ponta Grossa), mais especificamente dentro do cárcere, em uma cela fechada com 10 detentos, o projeto: “O Ministério Público e a Justiça Restaurativa nos Presídios”. Criando em 2015 no âmbito da 12ª Promotoria de Justiça de Ponta Grossa. Tendo como objetivo, a promoção da cultura de paz, diante de reflexão intensas em infratores presos, condenados por crimes graves.

Tal projeto possui como alicerce teórico a Justiça Restaurativa e a Cultura de

Paz, dois pilares que conferem sustentação ao mesmo. Para entender esta nova dinâmica, necessária se faz a superação da dogmática tradicional e a quebra de paradigmas, ainda arraigados em nossa sociedade. (Motta. 2019 pg 2)

Assim, entende-se que a JR introduz uma nova maneira de encarar os conflitos, a violência e a criminalidade, não os considerando como mera inflação de um dispositivo legal, mas, como, uma ocasião de possíveis mudanças positivas, aspirando benefício de todos. Constituindo a restauração de relações e o regate da humanidade ao passo que compreende os elementos emocionais do conflito e a dinâmica de sua transformação.

## 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicabilidade da Justiça Restaurativa não se caracteriza, apenas, como mais um método de solução de conflitos. Mas sim, uma nova lente, para observar, conhecer e aplicar a justiça. Tendo em vista resultados eficazes e a reparação do dano e integralização dos indivíduos, uma vez que traz o ato ilícito, a vítima, o ofensor e a sociedade que também sofreu com o dano, para dentro da resolução - objetivando a pacificação social.

Ademais, a importância de desenvolver projetos que sejam pautados na JR, caracteriza como esperança de uma sociedade, com mais seguridade, respeito e empatia. Visando dessa forma, a transformação do indivíduo e acolhimento da vítima, desencadeando a diminuição da violência, conflitos e a reincidência. Integrando para a sociedade, indivíduos que objetivam a mudança em sua vida e na relação familiar e social. Rompendo, com as estruturas existentes.

Por fim, espera-se que o presente artigo, colabore com o esclarecimento e a divulgação desse método. Assim como, seja possível uma maior aplicação e implementação em diversas áreas, pois os resultados são extremamente importantes para a evolução da sociedade contemporânea. A fim de, desmistificar acerca dessa temática. Tendo em vista, proporcionar que a JR, seja reconhecida pela sociedade, assim como os demais métodos de solução de conflitos

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. (Daniel Achutti Silva - São Paulo: Sariva, 2014). Disponível em: [Justiça restaurativa e abolicionismo penal - DANIEL SILVA ACHUTTI - Google Livros](#) Acesso 25 mai. 2021.

ACHUTTI, Daniel Silva . **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**(Porto Alegre – RS/ 2012) Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4901/1/441970.pdf> Acesso 26 mai. 2021

CALVI, Pedro/CDHM. Nexo Jornal, “**Qual o perfil da população carcerária brasileira” e Infopen/ Ministério da Justiça.Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão**. Disponível em: [Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão — Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](#) Acesso 25 mai. 2021

Cejusc **implanta justiça restaurativa**. Disponível em: Acesso em : 1º Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania de Timon: CEJUSC de Ponta Grossa/PR implanta justiça restaurativa (cejuscdetimon.blogspot.com) Acesso 20 de Novembro de 2021.

Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Ponta Grossa: **Projetos Desenvolvidos (folder)**. Ponta Grossa, PR: CEJUSC, ( s/ ano. 3p.)

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125 de 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156> . Acesso em: 26 mar. 2021.

FABENI, Lorena Santiago. **Justiça restaurativa e violência doméstica cometida contra amulher**. 2013. 184 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2013

GIMENEZ Charlise Paula Colet e SPENGLER Fabiana Marion. A justiça restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura de paz: uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil – Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol 08, N°1, 2018 em pdf.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. **O significado da justiça restaurativa**. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (Orgs.). Manual da justiça restaurativa. Cullompton e Portland: Willan Publishing, 200.

LEAL, César Barros - **A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA VISÃO GLOBAL E SUA APLICAÇÃO NAS PRISÕES** em pdf . Acesso em 15 de novembro de 2021

LIMA, Elivânia Patrícia, e SECCO, Márcio - **Justiça restaurativa – problemas e perspectivas** (Rev. Direito Práx. vol.9 no.1 Rio de Janeiro Jan./Mar. 2018). Disponível em: SciELO - Brasil - Justiça restaurativa – problemas e perspectivas Justiça restaurativa – problemas e perspectivas Acesso 20 mai. 2021

MARSHAL; BOYACK; BOWEN, 2005 apud SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007a. p. 273

Ministério da Justiça e Segurança Pública. Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Disponível em: Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados — Português (Brasil) (www.gov.br) Acesso 24 mai. 2021.

MOTTA. Márcio Pinheiro Dantas, O MINISTÉRIO PÚBLICO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS PRESÍDIOS, 2019 pdf

PRUDENTE, Neemias Moretti e SABADELL, Ana Lucia. **Mudança de paradigma: Justiça** (Revista Jurídica Cesumar, v.8, n.1, p. 49-62, jan./jun. 2008). Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/719/554> .Acesso 21 de maio de 2021

Resolução 225/ 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65804/a-justica-restaurativa-e-sua-normatizacao-no-brasil-a-resolucao-225-do-cnj> Acesso 20 de maio de 2021

VASCONCELOS, Rayan. Justiça restaurativa: um novo paradigma. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5164, 21 ago. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59792> . Acesso em: 21 de nov. 2021

ZEHR, Howard Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça / Howard Zehr ; tradução de Tônia Van Acker. -- São Paulo: Palas Athena, 2008

# CAPÍTULO 14

## SOBRE O DIREITO A SER LIVRE: CONTORNOS HISTÓRICO-RACIAIS SOBRE A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO E O EXEMPLO COMBATIVO DE DOM PEDRO CASALDÁLIGA NA LUTA PELA ERRADICAÇÃO ÀS FORMAS CONTEMPORÂNEAS DE ESCRAVIDÃO

Data de aceite: 01/03/2022

### Thaisy Perotto Fernandes

Mestre em Relações de Trabalho (UCS).  
Doutoranda em Direitos Humanos (UNIJUI).  
Bolsista CAPES  
<http://lattes.cnpq.br/4249570298527305>

### Ivo Canabarro

Doutor em História pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Universidade de Paris III (UP3). Professor permanente do PPGDH - Doutorado e Mestrado em Direitos Humanos - Unijui/RS. Pesquisador associado a UNESCO  
<http://lattes.cnpq.br/1905100527407474>

**RESUMO:** Não obstante o reconhecimento, inclusive em nível internacional, por parte do Estado Brasileiro datar de 1995, no sentido de consentir da existência e combater práticas neoescravidistas, ainda se mostra longo o caminho de se ver reconhecidas as atividades laborais sob os comandos do pleno respeito à dignidade humana. A luta pela dignificação das relações laborais encontra, após abolição, um conjunto significativo de normativas, e, especialmente no Brasil, a constituição da Comissão Pastoral da Terra, ainda em 1975, fez emergir problemáticas em torno de relações degradantes de trabalho e deu voz àqueles que o capital fingia não ouvir. Na pessoa de Dom Pedro Casaldáliga, com grande engajamento nas causas sociais, muitos excluídos vieram à superfície, especialmente na região Amazônica, e causas até então veladas tornaram-se públicas. Dedicando uma

vida em prol de libertar os “escravizados sem correntes”, o legado de Casaldáliga, somado à consciência da classe trabalhadora e de ações governamentais pontuais, podem agregar forças e elucidar a engrenagem que esconde as chaves das simbólicas correntes dessas novas faces da escravidão contemporânea. Este trabalho, para sua consecução, toma o método Hipotético Dedutivo, e se propõe a discorrer sobre a vida combativa por justas causas, desse grande herói ‘hispano-brasileiro’ que foi Dom Pedro Casaldáliga.

**PALAVRAS-CHAVE:** Amazônia. Dom Pedro Casaldáliga. Escravidão contemporânea. Vulnerabilidade.

**ABOUT THE RIGHT TO BE FREE: HISTORICAL-RACIAL CONTOURS ON LABOR EXPLOITATION AND THE COMBATIVE EXAMPLE OF DOM PEDRO CASALDÁLIGA IN THE STRUGGLE FOR THE ERADICATION OF CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY**

**ABSTRACT:** Despite the recognition, even at the international level, by the Brazilian State in 1995, in the sense of consenting to the existence and combating neo-slavery practices, there is still a long way to go to see themselves recognized as labor activities under the command of the full respect for human dignity. The struggle for the dignity of labor relations finds, after abolition, a significant set of regulations, and, especially in Brazil, a constitution of the Pastoral Land Commission, still in 1975, raised issues around degrading work relations and gave them a voice that capital pretended not to hear. In the person

of Dom Pedro Casaldáliga, with great commitment to social causes, many excluded on the surface, especially in the Amazon region, and causes until then veiled became public. Dedicating a life to freeing the "enslaved without chains", Casaldáliga's legacy, added to the consciousness of the working class and government actions, can add to request and elucidate a gear that hides as keys to the current chains of these new faces of contemporary slavery. This work, for its achievement, takes the Deductive Hypothetical method, and proposes to discuss the combative life for just causes, of this great 'Hispanic-Brazilian' hero who was Dom Pedro Casaldáliga.

**KEYWORDS:** Amazon. Dom Pedro Casaldaliga. Contemporary slavery. Vulnerability.

## 1 | O PASSADO QUE INSISTE EM SE FAZER PRESENTE

Inacabada, ante um fulminante ataque cardíaco, a última obra de Ulrich Beck recebeu os contornos finais por Elisabeth Beck-Gerhshheim, sua grande companheira. Não obstante o trágico acontecimento, o livro é um presente para refletir o mundo em que vivemos. Nele, o autor instiga a repensar as contínuas transformações pelas quais o planeta vem passando, com o afã de tentar compreender por que não compreendemos mais o mundo. Nas palavras de Beck, não obstante algumas coisas alteram-se significativamente, outras permanecem iguais, a exemplo do capitalismo, que muda, mas que possui alguns aspectos que "permanecem como sempre foram" (BECK, 2018, p. 15).

Paradoxalmente, vivencia-se a ocorrência de fatos e circunstâncias novas e arcaicas ocorrendo na atualidade, simultaneamente. Em se tratando do modo de produção capitalista, agudizado pelas políticas neoliberais, há que se observar, ensejado pela busca pelo lucro, a permanência de relações (neo)escravistas de trabalho, algumas das quais com forte dimensão degradante, a conduzir densos agravos à saúde e à dignidade de quem – espontânea ou coercitivamente – empresta sua força produtiva ao capital. É o que Martins denomina de "a degradação do outro", na obra *Frenteira*, onde salienta que há economias que seguem padrões do século XIX e até mesmo do século XVIII, como é o caso do extrativismo amazônico. Em suas palavras, há que se compreender da,

[...] persistência dessas relações, mas sobretudo da sua revitalização, nas últimas décadas, como prática de empresas cuja lógica econômica, caracteristicamente capitalista e moderna, faz supor que nelas a escravidão seria uma contradição e uma irracionalidade. [...] Alguns pesquisadores relutam em dar a essa relação de trabalho o nome que lhe é mais apropriado: *escravidão* (MARTINS, 2009, p. 72-73, grifo do autor).

Nessa linha expositiva, há que se considerar que formalmente, tem-se por abolida a possibilidade jurídica de sujeição de um homem a outro desde 1888. Após desonrosas e inócuas leis que antecederam à Promulgação da Lei Áurea (*Ventre Livre*, de 1871 e *Sexagenários*, em 1885), enfim a Princesa Isabel, após significativa pressão externa, concede a liberdade aos escravos brasileiros. A partir disso seguiram-se várias outras normativas, de ordem nacional e internacional, a direcionar esforços para seguir o propósito

que a Lei Áurea ensejou.

O fim da escravidão e de práticas análogas é um imperativo reconhecido por toda a comunidade internacional. Inclusive as duas convenções que tratam sobre a temática são as que receberam o maior número de ratificações por países membros dentre todas as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>1</sup>. Nesse sentido, as principais normativas internacionais que tratam da escravidão contemporânea são as de n. 29 (Convenção sobre Trabalho Forçado, de 1930) e a n. 105 (Convenção sobre Abolição do Trabalho Forçado, de 1957) – ambas ratificadas pelo Brasil.

Igualmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, (DUDH, de 1948) trouxe a dimensão do trabalho e da dignidade humana de forma muito aproximada, apresentando igualmente questões relacionadas à proibição de relações servis e escravistas. No artigo inicial pontuou que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. No Art. 4º, asseverou que “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”, e no Art. 23 deixou claro que “Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social[...]”.

Ainda, no Art. 28 da supra mencionada Declaração Universal, expõe-se que todo ser humano “tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”. E é a par dessas balizas, emanadas no mais significativo normativo internacional do século XX, que vislumbram-se alguns questionamentos em torno da eficácia desses dispositivos, sobretudo em nações onde desigualdades sociais latentes emergem e as condições de efetivar direitos e liberdades isonomicamente ainda é uma realidade a se conquistar.

Os dados trazidos em relatórios oficiais não são animadores. Segundo a OIT, existem mais de 40 milhões de pessoas inseridas da dita “escravidão moderna”, e mais de 150 milhões de crianças no trabalho infantil. Os dados estão publicados em dois relatórios: “Estimativas Globais da Escravidão Moderna: trabalho forçado e casamento forçado”

---

1 Nesse interregno, no preâmbulo do documento que conformou a constituição da OIT, já se destacavam os motivos de sua criação e seu norte de ação, considerando que “[...] existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio ‘para igual trabalho, mesmo salário’, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios (OIT, 1944, p. 2, grifo nosso).

(elaborado em conjunto pela OIT e pela Fundação Walk Free, em parceria com a OIM); e “Estimativas Globais de Trabalho Infantil: resultados e tendências 2012-2016” (elaborado pela OIT).

No Brasil, em especial, a problemática segue em curso. Segundo o Painel “Radar SIT”, que traz informações e estatísticas da inspeção do trabalho no Brasil, até o ano de 2021, mais de 56 mil trabalhadores em condições análogas a de escravo foram encontrados pela inspeção do trabalho – número representativo, que leva em conta o início dos trabalhos de campo, com resgate de trabalhadores, que datam desde 1995. Nessas operações do Grupo Móvel de Fiscalização, geralmente participam também a Polícia Federal (PF), a Polícia Rodoviária Federal (PRF), a Defensoria Pública da União (DPU), além dos Ministérios Público do Trabalho (MPT) e Federal (MPF) - e eventualmente polícias militares estaduais. (RADAR SIT, 2021).

Alguns arrazoados acerca do perfil prevalente das vítimas resgatadas e do grau de vulnerabilidade relacionados são o objeto das laudas subsequentes deste trabalho.

## **21 DIMENSÕES ÉTNICO-RACIAIS ENVOLTAS À PROBLEMÁTICA DA ESCRAVIDÃO**

Em especial no Brasil, há que se considerar a singular forma colonizatória perpetrada pelos portugueses que culminaram, nas palavras de Alves (2019, p. 25), em uma “divisão racial do trabalho”. Em sua narrativa, desde o começo da colonização da América, o trabalho não assalariado foi associado às raças dominadas (negros e índios, considerados inferiores), de modo a desenvolver entre brancos a “percepção de que o trabalho pago era seu privilégio” (ALVES, 2019, p. 25).

Em similar linha, analisando a segregação étnico-racial e as assimetrias constituintes da realidade nacional, Jessé Souza sinaliza que “uma sociedade como a brasileira manipula a necessidade de reconhecimento social, degradando-a em ânsia por distinção positiva às custas dos mais frágeis e vulneráveis, transformando as vítimas em culpados do próprio infortúnio e perseguição histórica” (SOUZA, 2021, p. 286).

A classe média branca se sente privilegiada pela mera distância social em relação a negros e pobres, os quais explora a preço vil e humilha cotidianamente, e está disposta a tudo para garantir esse privilégio sádico, inclusive ir às ruas protestar contra qualquer governo que ouse diminuir essa distância. A real função do falso moralismo do combate à corrupção há cem anos [...] é evitar a inclusão e a ascensão social desses humilhados e explorados cuja imensa maioria é composta de negros (SOUZA, 2021, p. 286).

Além disso, forçoso admitir que, não obstante o paradoxo originado nas entranhas do capitalismo, que contrapõe muitas vezes tecnologias de ponta com relações laborais arcaicas e degradantes, não há como caracterizar pontualmente os “escravos

contemporâneos”, mas sim apontar características majoritárias que denotam perfis mais vulneráveis de cooptação. As relações neoescravistas são variadas, onde por vezes são flagrados trabalhadores em relações laborais rudimentares e, opostamente em outra ponta, trabalhadores dando suporte a setores especializados e de alta tecnologia. Em outros casos, encontram-se trabalhadores nas zonas rurais<sup>2</sup>, em regiões longínquas, enquanto, concomitantemente, em grandes centros urbanos, mas escondidos dos olhos da fiscalização, famílias inteiras (incluindo crianças e mulheres) também servem ao capital, recebendo em troca um degradante local para coabitar e alimentação mínima para subsistir. Por vezes as neoescravidões se dão no âmbito nacional, e em tantas outras são cooptadas pelo fluxo migratório ensejado pela ausência de oportunidades em seu país de origem, ou, contrariamente, migram do Brasil para outros e acabam caindo em redes de exploração do trabalho, servindo por vezes para fins sexuais ou até mesmo de extração de órgãos, inacreditavelmente.

Nesse sentido, afirmamos que as dimensões raciais e étnicas sofreram, no presente século, muitas transformações. Dito de outro modo, não mais é possível “licitamente” possuir escravos ou remeter apenas à uma raça a extensão das formas atípicas de trabalho, especialmente as neoescravistas. Contudo, há que se considerar a prevalência de escravizados de cor negra, ainda na atualidade. Na esteira do pensamento de Alves, o trabalho escravo contemporâneo não pode ser historicamente dissociado do passado escravista que permeou a formação nacional - há que se tomar o cuidado de não tomar as construções teóricas em torno das neoescravidões apenas pelas vias explicativas da vulnerabilidade pelas diferenças de classe, desvalorizando a significativa “clivagem racial que permeia a vivência dos trabalhadores negros no mercado de trabalho” (ALVES, 2019, p. 132).

Como dissemos no início deste ensaio, as tentativas pré-abolição e mesmo as legislações após a Lei Áurea não trataram de incorporar devidamente quem detinha um passado de exploração e submissão. A “divisão racial do trabalho”, orquestrada com a invasão e colonização do continente americano, manteve-se mesmo após a abolição formal da escravatura. O modelo gradual de emancipação dos escravizados representou a tentativa de conciliar a instauração do regime de trabalho livre com a manutenção dos interesses das elites escravocratas. Nas palavras de Alves, “a liberdade converteu-se em uma dívida a ser quitada com anos de serviços aos ‘ex-senhores’”. Esse padrão continuou a conformar as expectativas de patrões e empregados nas décadas seguintes” (ALVES, 2019, p. 131).

Em obra recente, traçando uma espécie de “biografia” sobre o Brasil, Schwarcz e Starling ressaltam que não há como desvincular a constante [e incompleta] luta por

---

<sup>2</sup> Com o foco na escravidão ocorrida fora dos grandes centros, recomenda-se a leitura da obra “Pisando fora da própria sombra : a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo”, de Ricardo Rezende Figueira. O livro é fruto de vivências do autor, onde aborda as questões migratórias que ocorrem em diferentes regiões do Brasil, num contexto de coerção e vulnerabilidade.

incorporação de direitos e construção de cidadania no Brasil dos próprios caminhos da história do país – uma “colônia marcada por uma dualidade básica – composta de grandes proprietários de terra de um lado, e escravos de outro” (SCHWARCZ e STARLING, 2018, p. 500). Nas palavras das historiadoras:

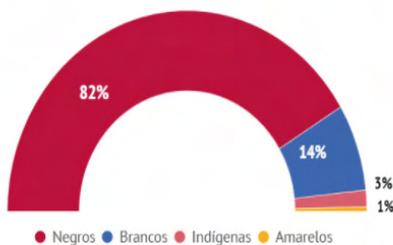
[...] se a ideia é não esquecer, não há como deixar de mencionar a enraizada e longa experiência social da escravidão, a qual acabou por dar forma à sociedade brasileira. Essa marca continua ainda nos dias de hoje, na nossa arquitetura (nos minúsculos “quartos de empregada” ou nos elevadores de serviço – na verdade para serviçais), no nosso vocabulário, nas práticas cotidianas de discriminação social e racial ou de culpabilização dos mais pobres, com frequência negros. A própria definição de escravo já significava negação dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade. Escravo, juridicamente, é o indivíduo destituído de direitos, ou, na definição clássica, *servus non habet personam* – aquele que não tem nome, nem sobrenome ou passado. Um indivíduo que não tem origem: é estrangeiro em qualquer lugar (SCHWARCZ e STARLING, 2018, p. 500).

Como exemplo fático desse imperativo olhar em perspectiva histórica, dados oficiais trazem as evidências inequívocas de um passado que insiste em se fazer presente. Em relatório oficial da Secretaria de inspeção do trabalho, a maioria dos 2.043 pretos e pardos encontrados em situação análoga à escravidão entre 2016 e 2018 é de jovens, nordestinos e sem escolaridade. Por certo que isso denota a marginalização dessas populações, dado que negros somaram 82% dos resgatados do trabalho escravo neste período, conforme demonstrado abaixo:

## Resgatados da escravidão

Dos 2.570 trabalhadores resgatados entre 2016 e 2018,  
2.481 receberam auxílio temporário

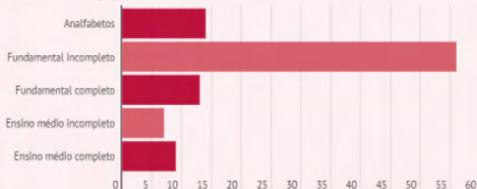
 82% são negros



Fonte: Secretaria de Inspeção do Trabalho/Ministério da Economia

## Perfil dos trabalhadores negros

### Escolaridade (%)



### Ocupação



De outro lado, é sim possível afirmar que há um ponto de intersecção entre os que se submetem por vezes a conviver em ambientes insalubres, com condições subumanas

de trabalho e em alguns casos com restrição de liberdade – o *quantum* de vulnerabilidade que está carregando nas costas e na alma esse trabalhador. Nesse sentido, é possível aferir pontos em comum em situações aparentemente tão díspares – a necessidade de um boliviano vender sua força de trabalho a preços ínfimos na confecção de roupas que serão *a posteriori* comercializadas com altíssimos valores, e, de outro ponto, um maranhense que, aliciado com promessas de trabalho e renda, acaba por cair nas estatísticas do trabalho escravo, quando enfim um Grupo Móvel de Fiscalização recebe denúncia e consegue chegar á fazenda onde era tratado pior que o gado na qual a área era cultivada. Nem todos negros. Nem todos brancos. Todos, contudo, na busca de inserção laboral e de perspectivas de renda para a subsistência própria e da família. Todos, portanto, em certo grau de vulnerabilidade social.

Sobre os entornos e intersecções dessas relações no âmago do modo de produção capitalista, apresentando as metamorfoses da instituição da escravidão, eis o contributo de Tiago Muniz Cavalcanti<sup>3</sup>, em recente obra, onde aborda desde as questões da propriedade e da liberdade, em um contexto de precarização e desregulação progressiva. Também apresenta uma taxonomia da classe trabalhadora assente nos níveis diferenciados de maus-tratos ao trabalho humano na sociedade capitalista. A esse respeito, expõe o autor que:

A demarcação mais abrangente estabeleceu um recorte conforme a preservação ou a perda absoluta do elemento indissociável à condição de ser humano – a humanidade –, classificando os trabalhadores em semilivres ou *sub-humanos*. Enquanto os primeiros preservam a condição de ser humano e estão integrados em um ambiente de pertencimento e gozo de direitos, os segundos remanescem no vazio legal, à margem do sistema oficial de proteção estatal, tendo negada a própria humanidade: são trabalhadores em condições de vulnerabilidade e pobreza extremas, explorados por intermédio dos métodos mais cruéis e perversos, tais quais a escravidão e a servidão. (CAVALCANTI, 2021, p. 257, grifo do autor).

Mas para além de questões terminológicas, convém dizer que o debate em torno das relações neoescravistas de trabalho perpassa no horizonte de questões semânticas e conceituais, alcançando o viés da ação e olhares multidisciplinares, remontando em objeto de estudo e preocupação desde antropólogos e sociólogos, até historiadores, economistas e juristas, e, para além de agentes do Estado, também entidades não-governamentais, a exemplo da ONG Reporter Brasil e da Comissão Pastoral da Terra (CPT), integram a força em desmitificar e combater essa problemática, a qual serão

<sup>3</sup> Ao contextualizar a questão das neoescravidões com os direitos humanos, o autor enfatiza que a utilidade dos direitos humanos depende da construção de uma sociedade que os torne viáveis: “Nesse contexto, não será possível abolir o trabalho escravo e dar efetividade ao direito humano inderrogável de não ser submetido à escravidão em uma sociedade marcada pela *desigualdade abismal*, que espalha *pobreza e miséria* por todo o planeta; em uma sociedade complacente com a humilhação de milhões de pessoas submetidas à mendicância e à indigência; em uma sociedade governada pelo *mercado*, cujo *modelo de desenvolvimento e consumo* ignora políticas de *inclusão social*; em uma sociedade que não propõe a reversão do padrão social violento e desigual, limitando-se a oferecer *soluções burguesas para os problemas criados pelo capitalismo*. Em uma sociedade, portanto, hipócrita, que *afirma e nega os próprios princípios*” (CAVALCANTI, 2021, p. 223, grifo nosso).

tecidas as laudas finais desse trabalho.

### **3 | COMBATENDO O BOM COMBATE – O EXEMPLO DE DOM PEDRO CASALDÁLIGA NA LUTA PELA ERRADICAÇÃO ÀS FORMAS CONTEMPORÂNEAS DE ESCRAVIDÃO**

*“Indo às causas e às consequências, deve-se reafirmar cada vez mais a dignidade humana do trabalho – de seres humanos estamos falando”*

**Dom Pedro Casaldáliga**

Ao abordar a dimensão da precariedade e vulnerabilidade do trabalhador na região Amazônica, por exemplo, Gomes e Guimarães Neto (2018) pontuam que “no fluxo da história do tempo presente, pode-se problematizar a condição de milhares de homens e mulheres no Brasil, nomeados como ‘migrantes’ por se deslocarem pelo território nacional, especialmente do Sul e Sudeste para o Norte.” Nesse contexto, evidencia-se a Amazônica brasileira, que nas últimas décadas do século XX apresentou-se, inclusive nos discursos governamentais, “com o mito da terra prometida” (2018, p. 108). Enfatizando os deslocamentos migratórios<sup>4</sup> para essa região, as autoras sinalizam que

As políticas que geraram e aprofundaram as desigualdades sociais, e que embalsamaram o discurso do “progresso” econômico do agronegócio em geral não pode deixar na invisibilidade tantas “vidas precárias”. Em perspectiva crítica, é necessário dar legibilidade às experiências desses trabalhadores pobres e às reivindicações de seus direitos. O mundo retratado é o da provisoriedade e instabilidade e, em muitos casos, da inexistência de direitos. (GOMES e GUIMARÃES NETO, 2018, p. 114, grifo das autoras).

Nesse contexto migratório, fomentado ainda no período da ditadura militar, em fins dos anos 60, muitos trabalhadores seduzidos por promessas de trabalho acabaram por cair em redes de cooptação e escravidão. Foi nesse contexto que, no ano de 1975, foi fundada a Comissão Pastoral da Terra (CPT), órgão atrelado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Essa entidade tem um histórico de combate ao trabalho escravo e aos conflitos no campo e desde seus primórdios tem representado um órgão paraestatal com significativas e exemplares interferências na luta por melhores condições de vida e trabalho. No âmbito dessa louvável atuação, um protagonista surge no horizonte - o Bispo Emérito Dom Pedro Casaldáliga, o qual se pretende brevemente expor sua trajetória e espírito combativo nessas nobres causas, desde quando para este lado de cá do Atlântico

<sup>4</sup> A esse respeito escreve Figueira que o processo migratório para a região amazônica vem de longa data: “Na Amazônia, no final do século XIX, começou um período conhecido como ciclo da extração da borracha vegetal, em função da abundância de árvores gomíferas nativas e do preço internacional alcançado pelo produto. A atividade da extração atraiu milhares de pessoas, brasileiras e quíchuas – estas vindas das cordilheiras -, empurradas de seus lugares de moradia pela necessidade e atraídas pela esperança de uma vida melhor [...] O tráfico de pessoas para as relações de trabalho nos seringais se dava na relação entre a necessidade e a promessa. Uma vez deslocadas de suas casas, de seus familiares, de suas tradições, sem os laços de sustentação e conhecimento anteriores, nas novas e desconhecidas terras, foram reduzidas à escravidão por dívida” (FIGUEIRA, 2020, p. 56-57).

firmou morada.

Nascido no seio de uma família de agricultores em Balsareny, na província de Barcelona, na Espanha, em 16 de fevereiro de 1928, Pedro Casaldáliga ingressou na Congregação Claretiana (Congregação dos Missionários Filhos do Imaculado Coração de Maria) em 1943, tendo sido ordenado sacerdote em Montjuïc, Barcelona, em 1952.<sup>5</sup> Há que se dizer que teve, por certo, uma vida combativa e diferenciada. Detinha uma força existencial e espiritual que o impulsionaram a defesas dos menos favorecidos, desde os indígenas, os sem-terra, e, simultaneamente, enfrentar os poderes paralelos do latifúndio, criar movimentos sociais e pedir a revolução da Igreja.

Após a ordenação, exerceu diversos ministérios em Sabadell, Barcelona, Barbastro e Madrid, até que em 1968 aceitou fundar uma missão claretiana no Brasil, em São Félix do Araguaia, no estado de Mato Grosso. Feroz crítico do regime ditatorial que vigia no Brasil, Casaldáliga, mudou-se, em agosto de 1970, para o Mato Grosso. Desde logo, coordenou ações em defesa dos indígenas da região com fortes apelos às autoridades para evitar a opressão e o domínio das reservas. Neste mesmo ano foi nomeado administrador apostólico da Prelazia de São Félix do Araguaia e fundou o *Jornal Alvorada*. Pedro Casaldáliga era capaz de expressar assuntos complexos de forma simples, mas, na essência, ainda que pelas vias poéticas, suas palavras serviam – e servem - como fonte de inspiração, a exemplo de fragmentos como estes: *“indignação deve ser sempre uma indignação esperada”* e *“A ciência, a tecnologia, o progresso só valem o nosso pensamento e as nossas mãos se nos humanizarem mais!”*



Fonte: <<https://fperecasaldaliga.org/pt-br/a-fundacao>>

Em 1971, foi nomeado Bispo prelado de São Félix do Araguaia pelo Papa Paulo VI, onde, logo ao chegar, deparou-se com um povoado totalmente oprimido por latifundiários,

<sup>5</sup> As laudas subsequentes foram elaboradas com base na leitura das informações constantes na página de sua Fundação, denominada “Fundació Pere Casaldáliga”. Disponível em: <<https://fperecasaldaliga.org/pt-br/a-fundacao/>>.

e com carências múltiplas – desde o analfabetismo até precárias condições de saúde. E assim inicia uma intensa tarefa pela defesa dos mais fracos em um sistema repleto de desigualdades, o que o motiva a publicar a Carta Pastoral “*Uma Igreja na Amazônia em Conflito com o Latifúndio e a Marginalização Social*”, denunciando a situação de miséria e violência na região amazônica, e que teve grande repercussão. Em seu relato pessoal acerca de seu convívio com o Bispo, Ricardo Rezende Figueira expõe a humildade e o espírito combativo de Casaldáliga:

Conheci-o provavelmente em 1977. Tinha chegado ao Araguaia com meus 24 anos e muita esperança. Fui trabalhar em Conceição do Araguaia. O Rio Araguaia levava até São Félix do Araguaia, 750 km rio acima. Ali morava um bispo santo e corajoso. O Pedro. O Casaldáliga. Magro, gestos contundentes e carinhosos e olhar firme, sandálias de borracha. Pedro poeta, jornalista, escritor, padre, bispo. Quando sagrado bispo preparou um documento onde colocava contra a parede a ditadura e seus projetos. Denunciou as mortes, a concentração da terra e o trabalho escravo em um documento contundente e se tornou uma referência ainda hoje nos estudos sobre o campo brasileiro e a escravidão contemporânea. Amaldiçoou o latifúndio e foi um dedo na ferida provocada pelas autoridades civis, militares e eclesiásticas. (FIGUEIRA, 2020).

No ano de 1972, Pedro e outros fundaram o Conselho Indígena Missionário, e em 1975, junto com Dom Tomás Balduino, ajudou a criar a *Comissão Pastoral da Terra (CPT)*, de suma importância para auxiliar aqueles que, nem sempre encontram nos órgãos governamentais ouvidos e auxílios para suas justas causas. Em sua atuação, a CPT, que desenvolve *Campanha Permanente de Erradicação do Trabalho Escravo*, contabiliza que nos últimos 24 anos, 54.778 trabalhadores e trabalhadoras em situação análoga à de escravidão foram libertados/as em todo o país. (CPT, 2020).

Em 1975 foi criada a Comissão Pastoral da Terra, entidade ligada à CNBB, com a finalidade de atuar junto aos trabalhadores rurais, assessorando-os e principalmente denunciando as violências de que eram vítimas na disputa pela posse da terra, que à época fazia sangrar a maioria dos estados da Federação, bem como exigindo ação estatal para coibir a violência e punir seus autores, além de organizar um arquivo das ocorrências registradas pelos agentes pastorais nos seus Regionais. Entre as denúncias de violências contra o trabalhador rural, registradas por alguns Regionais da CPT, começaram a aparecer as de trabalho escravo, o que confirmava a denúncia contida na Carta Pastoral de Dom Pedro Casaldáliga e demonstrava que o fato não ocorria só no Estado do Mato Grosso. (MORAES, 2007, p. 2).

Durante o regime da Ditadura Militar, Casaldáliga foi várias vezes ameaçado de morte. Uma das ameaças mais graves ocorreu em 1976, na região de Ribeirão Bonito (Mato Grosso), quando assumiu a defesa de mulheres torturadas em uma delegacia de polícia. Enquanto da vigência do período ditatorial, foi alvo de cinco processos de expulsão do Brasil. Mas isso não o desmotivou e o fez desistir das lutas. Seguiu forte em seu propósito, pois paralelamente às questões atreladas à Igreja, sempre teve o olhar para as relações

laborais dos ribeirinhos e migrantes à região, e foi o primeiro a denunciar o trabalho escravo no Brasil, ainda na década de 70.

Dom Pedro tem sido alvo de inúmeras ameaças de morte. A mais grave em 1976, em Ribeirão Bonito, no dia 12 de outubro - festa da padroeira do Brasil, Nossa Senhora Aparecida. Ao chegar àquela localidade em companhia do missionário e indigenista jesuíta João Bosco Penido Burnier, souberam que na delegacia duas mulheres estavam sendo torturadas. Foram até lá e travaram forte discussão com os policiais militares. Quando o padre Burnier ameaçou denunciar às autoridades o que ali ocorria, um dos soldados esbofeteou-o, deu-lhe uma coronhada e, em seguida, um tiro na nuca. Em poucas horas o mártir de Ribeirão Bonito faleceu. Nove dias depois, o povo invadiu a delegacia, soltou os presos, quebrou tudo, derrubou as paredes e pôs fogo. No local, ergue-se hoje uma igreja. (FREI BETTO, sd).

No ano de 2000, Pedro Casaldáliga recebeu o título de *Doutor Honoris Causa* pela Universidade Estadual de Campinas e em 2012 recebeu o mesmo título pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Em 2005, já sofrendo de mal de Parkinson, apresentou sua renúncia ao episcopado, que foi aceita pelo Papa João Paulo II. Ao relatar sobre as condições de vida que vivia Dom Pedro, Frei Betto explicita que:

Cinco vezes réu em processos de expulsão do Brasil, Casaldáliga mora em São Félix num casebre simples, sem outro esquema de segurança senão o que lhe asseguram três pessoas: o Pai, o Filho e o Espírito Santo. Calçando apenas sandálias de dedo e uma roupa tão vulgar como a dos peões que circulam pela cidade, Casaldáliga amplia sua irradiação apostólica através de intensa atividade literária. Poeta renomado, traz a alma sintonizada com as grandes conquistas populares na Pátria Grande latino-americana. Ergue sua pena e sua voz em protestos contra o FMI, a ingerência da Casa Branca nos países do Continente [...] Dom Pedro tornou-se também pastor dos negros e dos indígenas, introduzindo suas riquezas culturais nas liturgias que celebra. Em sua prelazia habitam os índios Tapirapé, salvos da extinção graças aos cuidados tomados pelo bispo. [...] Convocado às visitas periódicas ("ad limina") que todos os bispos devem fazer ao Vaticano para prestar contas, Casaldáliga faltou a inúmeras, por considerar os gastos de viagem incompatíveis com a pobreza de sua gente. No entanto, remeteu aos papas cartas proféticas, exortando-os à opção pelos pobres e ao compromisso com a libertação dos oprimidos (FREI BETTO, sd).

Em virtude de recorrentes e graves ameaças, no ano de 2012 Pedro Casaldáliga fora obrigado a abandonar sua casa, devido a seu posicionamento a favor do Povo Indígena Xavante de Marãiwatsédé.



Fonte: <https://cimi.org.br/2020/09/nas-pegadas-do-bispo-pedro-casaldaliga/>

Ao declamar lembranças sobre Casaldáliga, Figueira salientava seus predicados – grande orador, que seduzia tanto pela palavra dita quanto pelo exemplo praticado. Dom Pedro, a cada qual se dirigia, dava atenção plena, e era firme: “[...] não cedia se estava em questão o pobre, o sofredor, o posseiro ou o peão. Era abertamente parcial em favor do mais fraco e fragilizado. Pedro era uma referência para os que se dedicavam a um projeto de igreja encarnada, voltada para os esquecidos e perseguidos.” (FIGUEIRA, 2020).

São Félix é um município amazônico do Mato Grosso, situado em frente à Ilha do Bananal, numa área de 36.643 km<sup>2</sup>. Na década de 1970, a ditadura militar (1964-1985) ampliou a ferro e fogo as fronteiras agropecuárias do Brasil, devastando parte da Amazônia e atraindo para ali empresas latifundiárias empenhadas em derrubar árvores para abrir pastos ao rebanho bovino. Casaldáliga, pastor de um povo sem rumo e ameaçado pelo trabalho escravo, tomou-lhe a defesa, entrando em choque com os grandes fazendeiros; as empresas agropecuárias, mineradoras e madeireiras; os políticos que, em troca de apoio financeiro e votos, acobertavam a degradação do meio ambiente e legalizavam a dilatação fundiária sem exigir respeito às leis trabalhistas (FREI BETTO, sd).

Um dos expoentes da Teologia da Libertação, atuou na defesa daqueles que, em geral, não tinham quem os defendesse. Frei Betto, ao direcionar a fala sobre Dom Pedro, salienta não ser “tão conhecido como mereceria, há no Brasil um santo e herói”. E continua: “Santo por sua fidelidade radical (no sentido etimológico de ir às raízes) ao Evangelho, e herói pelos riscos de vida enfrentados e as adversidades sofridas. Adotou como divisa princípios que haveriam de nortear literalmente sua atividade pastoral: *Nada possuir, nada carregar, nada pedir, nada calar e, sobretudo, nada matar.*

Relata Frei Betto, que Casaldáliga admitia ter a sabedoria popular como sua grande mestra. Segundo ele, Dom Pedro indagou a um posseiro o que ele esperava para seus filhos, e o homem respondeu: “Quero apenas o mais ou menos para todos”. Dom Pedro guardou

a lição, lutando por um mundo em que todos tenham direito ao “mais ou menos”. Nem demais, nem de menos. Talvez seja esse o caminho que todos devemos percorrer diante do estado atual de desigualdade, de exploração e de injustiças. Dom Pedro Casaldáliga, por certo, representa um exemplo a ser seguido. E talvez seu legado protetivo e combativo seja maior do que nós, brasileiros, consigamos imaginar, dada a grandeza de pensamento e de ações desse singular humano sempre pronto ao “bom combate”.

Em 08 de agosto de 2020 veio a falecer, e seu corpo fora sepultado às margens do Rio Araguaia, no cemitério onde ele mesmo havia enterrado muitos trabalhadores e indígenas, às vezes sem nome e quase sempre sem caixão. Pela fundação que leva seu nome, criada em fevereiro de 2021, seis meses após seu falecimento, pode-se seguir nesse espírito combativo. A Fundação ajuda no cuidado da memória e do legado de Pedro Casaldáliga, na Catalunha e no Brasil, e tem o afã de seguir sua luta em favor de nobres causas. Foi uma bela iniciativa e um meio eficaz de tornar vivo o hoje, *in memoriam*, Dom Pedro “Guerreiro” Casaldáliga. Sirva, pois, de exemplo a toda terra!

Em suas palavras, que aqui utilizamos como finais, Casaldáliga deixa em aberto um contundente apelo à justiça social e à liberdade:



*“Onde não há liberdade não pode haver justiça”*

**Pedro Casaldáliga**

(1928-2020)

Fonte: <<https://fperecasaldaliga.org/pt-br/a-fundacao>>

## REFERÊNCIAS

ALVES, Raissa Roussenq. *Entre o silêncio e a negação*: trabalho escravo contemporâneo sob a ótica da população negra. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo*: novos conceitos para uma nova realidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BETTO, Frei. *Dom Pedro Casaldáliga*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/redes/estaduais/mt/personagem.htm>> .

CAVALCANTI, Tiago Muniz. *Sub-humanos – o capitalismo e a metamorfose da escravidão*. São Paulo: Boitempo, 2021.

MARTINS, José de Souza. *Fronteira: a degradação do outro nos confins do humano*. São Paulo: Contexto, 2009.

MORAES, Maria José Souza. *TRABALHO ESCRAVO: da omissão do Estado à CONATRAE passando pela bicicleta do Padre Canuto*. 2007. Disponível em: <[trabalhoescravo\\_genese\\_out2007.pdf](trabalhoescravo_genese_out2007.pdf)>.

ILO. Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage. Disponível em: <[https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_575479/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_575479/lang--pt/index.htm)>.

ILO. Global Estimates of Child Labour: Results and trends, 2012-2016. Disponível em: <[https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_575499/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_575499/lang--pt/index.htm)>.

OIT. Organização internacional do Trabalho. Disponível em: <[www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm)>.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. *Pisando fora da própria sombra: a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

\_\_\_\_\_. O trabalho escravo após a Lei Áurea. In: SAKAMOTO, Leonardo. *Escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020. p. 53-66.

\_\_\_\_\_. *Pedro alçou voo com seu anel de tucum*. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2020/08/09/pedro-alcou-voo-com-seu-anel-de-tucum-por-ricardo-rezende-figueira/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

GOMES, Angela de Castro; GUIMARÃES NETO, Regina Beatriz. *Trabalho Escravo Contemporâneo: tempo presente e usos do passado*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

FUNDAÇÃO PERE CASALDÁLIGA. Disponível em: <<https://fperecasaldaliga.org/pt-br/a-fundacao>>

RADAR SIT. Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/radar/>>.

SAKAMOTO, Leonardo. *Escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020.

SCHWARCZ, Lília M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil: uma biografia*. 2. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SOUZA, Jessé. *Como o racismo criou o Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2021.

## TERCEIRIZAÇÃO E COMPLIANCE TRABALHISTA: INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DE AÇÕES JUDICIAIS

*Data de aceite: 01/03/2022*

*Data de submissão: 10/01/2022*

**Letícia Vasconcelos De Bortoli**

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto -  
Universidade de São Paulo  
Ribeirão Preto - São Paulo  
<http://lattes.cnpq.br/9907012857447096>

**RESUMO:** A terceirização é uma prática fortemente utilizada por empresas brasileiras, especialmente às que visam uma especialização de sua mão-de-obra. Nessa perspectiva, ao terceirizar atividades, alguns tomadores de serviços possuem a equivocada impressão de estarem se isentando de responsabilidades para com o terceirizado por este ser contratado direto apenas da empresa prestadora de serviços. Contudo, a legislação assegura que o tomador de serviços apresenta responsabilidades com o terceirizado, haja vista que lucra com suas atividades. Assim, analisa-se o Compliance Trabalhista como instrumento que possibilita a prevenção de ações judiciais em face da tomadora de serviço, de forma que esta possa optar pela terceirização de forma segura e adequada, mitigando seus riscos e um possível passivo trabalhista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização; Compliance Trabalhista; Ações Judiciais; Prevenção.

### OUTSOURCING AND LABOR COMPLIANCE: INSTRUMENT FOR THE PREVENTION OF LAWSUITS

**ABSTRACT:** Outsourcing is a practice heavily used by Brazilian companies, especially those that aim to specialize their workforce. From this perspective, when outsourcing activities, some service takers have the mistaken impression that they are exempting themselves from responsibilities towards the outsourced because they are directly hired only from the service provider company. However, the legislation ensures that the service taker has responsibilities with the outsourced, given that they profit from their activities. Thus, Labor Compliance is analyzed as an instrument that enables the prevention of lawsuits against the service taker, so that they can opt for outsourcing in a safe and adequate manner, mitigating their risks and a possible labor liability.

**KEYWORDS:** Outsourcing; Labor Compliance; Lawsuits; Prevention.

## 1 | TERCEIRIZAÇÃO

### 1.1 Conceito

De acordo com Vólia Bomfin (2018, p. 90), a terceirização - também intitulada de exteriorização, desverticalização, subcontratação, intermediação de mão de obra, entre outros - trata-se de uma relação trilateral entre o empregado, a empresa prestadora de serviços - também denominada como empresa intermediadora ou empregador aparente ou

formal - e o tomador de serviço - ou empregador real ou natural -, na qual este contrata a prestadora de serviços e esta lhe disponibiliza o trabalhador, fazendo com que o contratante não tenha que estabelecer um vínculo empregatício com o funcionário.

A terceirização é um procedimento utilizado principalmente para a especialização de mão-de-obra, assim como mecanismo para reduzir custos da empresa tomadora de serviço, aumentar sua lucratividade e, como consequência, sua competitividade no mercado (LEITE, 2017, p. 338).

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre a terceirização na Lei nº 13.429/17, conhecida como Lei da Terceirização, a qual alterou dispositivos da Lei nº 6.019/74, que trata do trabalho temporário. A nova lei define então em seus artigos 4º e 5º o conceito de prestadora e tomadora de serviços:

Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

Art. 5º Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei.

Uma das principais consequências advindas da promulgação da Lei nº 13.429/17 foi a autorização expressa da terceirização da atividade-fim, o que ampliou ainda mais a utilização desse procedimento no âmbito empresarial. Isso pois, previamente a tal lei, somente era autorizada a terceirização de atividade-meio pela tomadora de serviço, conforme dispunha o inciso III da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Nesse sentido, cumpre abordar a diferença entre atividade-meio e atividade-fim. A primeira é aquela que não se ajusta ao núcleo da dinâmica empresarial, não compondo a essência da dinâmica e tampouco contribuindo para o posicionamento da organização, sendo meramente atividades periféricas ao negócio. Já a atividade-fim compõe a essência de toda a dinâmica da empresa, sendo então atividade nuclear e definitiva (GODINHO, 2014, p.468).

A partir da legalização para terceirizar a atividade-fim, ocorreu uma forte expansão da terceirização no cenário empresarial brasileiro, tendo diversas empresas tornado-se adeptas a esse procedimento. Contudo, o ato de terceirizar atividade deve ser feito com o devido cuidado e análise principalmente por parte da tomadora de serviço, haja vista que esta, mesmo não contratando diretamente o trabalhador, não se ausenta de responsabilidades para com este, podendo então ser alvo de ações judiciais e sofrer de alto prejuízo financeiro advindo do passivo trabalhista.

Cumpra analisar, portanto, as situações de possível responsabilidade por parte da tomadora de serviço com o funcionário terceirizado.

## 1.2 Casos de responsabilidade solidária e subsidiária da tomadora de serviços

A jurisprudência compreende que o tomador de serviço, embora não contrate diretamente o trabalhador terceirizado, não pode se ausentar de toda e qualquer responsabilidade para com este, haja vista que se beneficia de seu trabalho. Nesse sentido, dispõem os incisos IV e VI da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

(...)

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Pela responsabilidade subsidiária compreende-se que a primeira a responder pela obrigação trabalhista será a empresa prestadora de serviços e, em caso de inadimplemento por parte desta, a tomadora de serviço responderá.

Contudo, há casos em que a responsabilidade entre as empresas tomadoras e prestadoras de serviços é solidária. Nesses casos, ambas as empresas são responsáveis pelo cumprimento integral da obrigação, não havendo ordem de cobrança.

Seriam então cenários de responsabilidade solidária a caracterização de terceirização irregular, a existência de grupo econômico, as hipóteses elencadas no parágrafo 3º do art. 5º-A da Lei nº 6.019/74 e as de dano extrapatrimonial.

A terceirização ilícita ocorre quando são fraudadas as disposições legais. Gustavo Cisneiros (2018) elenca seis hipóteses para essa ocorrência:

A terceirização será ilícita quando estiverem presentes a pessoalidade e a subordinação jurídica entre o trabalhador terceirizado e o contratante, hipótese também prevista na parte final do item III da Súmula 331 do TST.

A terceirização será ilícita quando o contratante utilizar os trabalhadores terceirizados em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços a terceiros (desvio de função, acúmulo de funções) – § 1º do art. 5º-A da Lei 6.019/1974.

A terceirização será ilícita quando a empresa prestadora de serviços a terceiros (empresa de terceirização) não atender aos requisitos previstos no 4º-B da Lei 6.019/1974.

A terceirização será ilícita quando um ex-empregado do contratante passar a prestar serviços para o mesmo empregador na qualidade de terceirizado antes do decurso do prazo mínimo de dezoito meses, contados a partir da rescisão, o que inclui o prazo do aviso prévio, trabalhado ou indenizado (OJ 82 da SDI-1) – 5º-D da Lei 6.019/1974.

A terceirização será ilícita quando a empresa prestadora de serviços a terceiros (empresa de terceirização) tiver como titulares ou sócios trabalhadores que tenham laborado, nos últimos dezoito meses, a contar do firmamento do contrato de terceirização, na qualidade de empregado ou trabalhador autônomo, para o contratante, salvo se já estiverem [aposentados].

A terceirização será ilícita quando o contrato de terceirização, firmado entre a empresa prestadora de serviços a terceiros (empresa de terceirização) e o contratante, não atender aos requisitos previstos nos incisos do 5º-B da CLT.

**Em relação ao grupo econômico, sua definição e a responsabilidade solidária entre as empresas que o formam, o parágrafo 2º do artigo 2º da CLT dispõe:**

Art. 2º (...) § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

**No que concerne ao parágrafo 3º do artigo 5º-A da Lei nº 6.019/74, este diz respeito às condições do ambiente laboral para o trabalhador, sendo responsabilidade da tomadora quando o trabalhador exercer as atividades em suas dependências.**

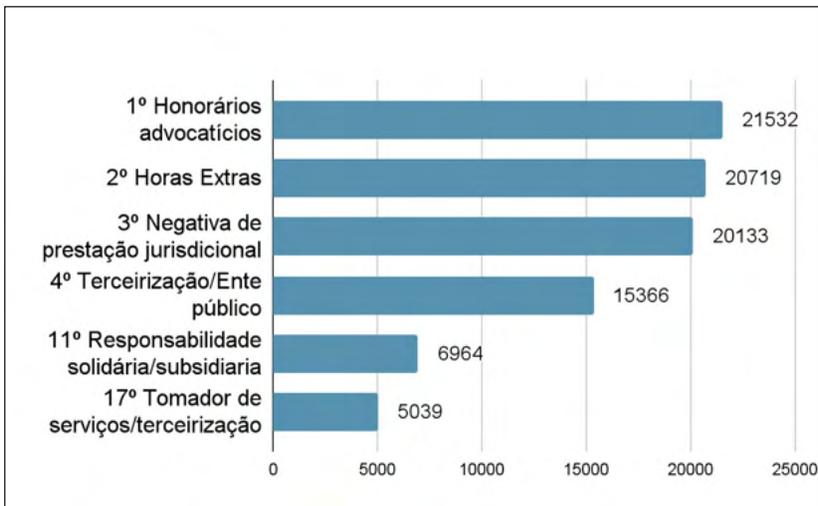
Art. 5º-A. (...) § 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

**Por fim, no artigo 223-E da CLT, está disposto que todos aqueles que tenham colaborado para a ofensa do bem jurídico tutelado são responsáveis pelo dano, o que possibilita, conseqüentemente, a responsabilidade da tomadora de serviços.**

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Logo, percebe-se que há diversos cenários em que a tomadora apresenta responsabilidade solidária com a prestadora, podendo, em caso de descuidos, ocorrer inúmeras ações trabalhistas que a prejudiquem, tanto no quesito financeiro quanto na imagem empresarial.

Em vista disso, insta salientar que temas como terceirização, responsabilidade solidária e subsidiária e tomador de serviço são de extrema frequência na Justiça do Trabalho, conforme imagem abaixo que expõe os assuntos mais recorrentes em ações no Tribunal Superior do Trabalho em junho de 2021. Isso mostra que ainda há uma forte incidência de ações judiciais envolvendo a temática, o que poderia ser evitado se a terceirização fosse feita com a devida análise e planejamento, poupando tanto as empresas quanto os trabalhadores caso tivesse sido implantado um programa de compliance eficiente.



Assuntos mais recorrentes no Tribunal Superior do Trabalho em junho de 2021. Dados atualizados disponíveis em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes>

Assim, diante da responsabilidade da empresa tomadora e dos possíveis prejuízos em que essa pode incorrer, bem como o elevado número de ações envolvendo a temática, abordar-se-á o compliance trabalhista e seus mecanismos que possibilitam evitar ações judiciais, principalmente no contexto da terceirização.

## 2 | COMPLIANCE

O termo compliance tem origem no verbo em inglês to comply, o qual significa agir de acordo. Assim, como dispõe Lira (2014), manter a empresa em conformidade significa estar de acordo com leis e regulamentos externos e internos, segundo as atividades desenvolvidas pela empresa.

O compliance seria então um conjunto de procedimentos e boas práticas realizado no âmbito empresarial para identificar e classificar os riscos operacionais e legais, estabelecendo mecanismos internos de prevenção, gestão, controle e reação frente a estes (LIMA SILVA, PINHEIRO e BOMFIN, 2021, p. 50)

Assim, a estratégia de um sistema de compliance trata-se de uma prática corporativa, que pode ser realizada por um departamento interno da empresa ou de forma terceirizada. Objetiva analisar o funcionamento da companhia e assegurar que suas condutas estejam de acordo com as regras administrativas e legais, tanto externas quanto internas (FABIO CABBETE, 2017).

O Compliance, portanto, permite uma maior organização da empresa de forma que esta esteja alinhada com as normas, o que, envolvendo terceirização é ainda mais necessário, justamente porque o trabalhador não é contratado diretamente e porque a

tomadora considera, ao menos em tese, que a prestadora cumprirá com suas obrigações, podendo, porém, ser surpreendida e sofrer ações judiciais que podem ensejar alto passivo trabalhista.

Lima Silva, Pinheiro e Bomfin (2021, p. 677) abordam nesse ponto que a avaliação das hipóteses que seriam de possível terceirização e demais procedimentos preventivos concernentes a esse modelo devem ser objeto de especial e redobrada atenção. Ainda, exemplificam possíveis prejuízos às empresas pelo descumprimento da legislação trabalhista, como a imposição de multas administrativas, reconhecimento da nulidade ou ilicitude de determinadas práticas, assim como perdas econômicas e de reputação (2021, p. 112).

Logo, fundamental abordar o compliance e seus mecanismos como ferramentas para prevenir ações judiciais no contexto da terceirização.

## **3 I PREVENÇÃO DE AÇÕES JUDICIAIS POR MEIO DO COMPLIANCE TRABALHISTA NO PROCEDIMENTO DE TERCEIRIZAÇÃO**

### **3.1 Investigação do histórico empresarial e análise de riscos**

Um adequado início para o programa de Compliance se dá pela investigação do histórico da empresa tomadora, como uma espécie de auditoria.

De acordo com Lima Silva, Pinheiro e Bomfin (2021, p.106), a auditoria trabalhista é o procedimento de análise de documentos, da rotina empresarial, bem como a realização de cálculos e conferências, a fim de garantir a conformidade com a legislação e a melhoria de processos da empresa.

Deve ser averiguado se a empresa, no caso a tomadora, já sofreu autuações, ações trabalhistas, quais normas regulam sua atividade e se estas normas estão sendo cumpridas na prática (MAGALHÃES DE MORAIS, 2019, p. 249).

A partir de tal ponto, já pode ser analisado diversos riscos envolvendo a atividade empresarial e os meios possíveis para mitigá-los.

### **3.2 Técnica do know your customer**

A técnica do know your customer, em português, “conheça seu cliente”, trata-se de um instrumento de grande serventia para empresas que se utilizam da terceirização. Isso pois a tomadora pode adaptar a técnica a fim de utilizá-la com a prestadora de serviços, averiguando os riscos de estabelecer uma relação contratual com esta.

Maciel (2016) afirma que esta técnica consiste na exigência de documentações de regularidades econômicas, jurídicas e fiscais, analisando dados cadastrais, conhecendo a origem do patrimônio, o destino dos recursos movimentados, identificando, averiguando e reportando as situações que possam configurar indícios de ocorrência de crimes e análise de riscos quanto ao local, tipo de atividade e tipo serviços.

Desse modo, ao investigar a empresa que se cogita contratar como prestadora de serviço, a empresa tomadora poderá ter consciência do funcionamento da empresa e se esta está cumprindo com todas suas obrigações trabalhistas. Assim, diante de uma prévia avaliação do histórico financeiro, patrimonial e estrutural da contratada, pode ser evitada a contratação de prestadoras de serviço que não tenham condições de se manterem no mercado de trabalho e/ou aquelas que não se adequam às normas de segurança, higiene e salubridade exigidas, evitando ações judiciais e o gasto com passivos trabalhistas (FRANÇA, 2018, pg. 161).

Renato Coavilla (2017) acertadamente dispõe que saber quem é o parceiro de negócios, como este atua e se cumpre ou não as leis é essencial para entrar em uma relação com este, pois as atitudes de um terceiro poderão colocar em risco a reputação do contratante.

Um possível caso que exemplifica tal situação é o da marca Zara, pertencente ao grupo espanhol Inditex, a qual contratou a empresa AHA Indústria e Comércio de Roupas Ltda. como fornecedora. Esta contratou oficinas de confecção que mantinham trabalhadores em condições análogas às de escravo no Estado de São Paulo (HASHIZUME e PYL, 2011).

Em virtude disso, a empresa Zara Brasil foi considerada pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de São Paulo (SRTE/SP) como responsável pela situação a qual os empregados estavam submetidos, haja vista que absorvia 91% da produção da AHA Indústria e Comércio de Roupas Ltda. e da configuração de poder de controle pela empresa espanhola. (HASHIZUME, 2011). Conseqüentemente, houve um forte prejuízo para a imagem da marca.

Ademais, ressalta-se que, pela a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei nº 12.846/13), os atos do terceiro em benefício do contratante são suficientes para implicar o contratante em ilícitos administrativos.

Logo, percebe-se que quando o empresário transfere a terceiros a execução de parte da sua atividade, deve atuar com bastante diligência, escolhendo criteriosamente empresas que tenham capacidade técnica, econômica e financeira para arcar com os riscos do empreendimento, sob pena de ficar caracterizada a culpa “in contraendo” ou culpa “in eligendo”. Deve também fiscalizar com rigor o cumprimento do contrato de prestação de serviços e a observância dos direitos trabalhistas dos empregados da contratada, para não ser caracterizada, por sua omissão, a culpa “in vigilando” (OLIVEIRA, 2008, p. 398).

Assim, a técnica do know your customer é uma ferramenta de grande serventia para a tomadora de serviços precaver-se e assegurar-se de com quem irá contratar.

### **3.3 Técnica do know your employee**

A técnica know your employee, em português, “conheça seu empregado”, também pode ser adaptada pelas empresas tomadoras de serviço. Embora esta não seja a contratante direta do funcionário que será terceirizado, ainda é possível analisá-lo para

averiguar se este está de acordo com os valores e normas da empresa.

Por meio dessa técnica, é possível evitar que um empregado que não se encaixe nos valores e códigos de conduta e ética da empresa, assim como nas normas vigentes, seja inserido no ambiente laboral, prevenindo, assim, diversos conflitos com outros funcionários, clientes, ações judiciais e o prejuízo à imagem da empresa.

É possível também analisar se o prestador de serviço apresenta as habilidades requisitadas, certificados, licenças e grau de formação necessários para a execução da tarefa em questão, podendo, nesse sentido, serem prevenidos acidentes de trabalho e outros imbróglios (ESOIMEME, 2018).

### **3.4 Código de conduta, canal de denúncia e fiscalização**

Outros mecanismos associados ao compliance que possibilitam evitar ações judiciais é a criação de um código de conduta e de um canal de denúncia, assim como a constante fiscalização.

Por meio de tais instrumentos, pode haver uma solução mais rápida, eficiente e discreta dos conflitos, preservando a imagem da empresa tomadora e também dos funcionários envolvidos.

O Código de Conduta permite a organização da empresa e o estabelecimento das condutas a serem tomadas em cada situação, trazendo uma maior segurança. Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC, 2017, p. 18), o código de conduta seria a expressão dos princípios éticos e valores da organização, devendo comunicar e orientar a atuação de todos, principalmente em processos críticos de negócios, representando então a formalização das expectativas a respeito do comportamento e das condutas dos envolvidos na empresa.

Ainda, de acordo com Adán Nieto Martín (2014, p. 21), a criação de um código de conduta é o eixo central em torno do qual se desenvolvem as demais medidas internas, já que possibilita aos membros de uma organização conhecer claramente os valores em que ela se fundamenta, de maneira que não seja possível um contexto de justificação pelos indivíduos de condutas delitivas, mesmo se tratando de funcionário terceirizado.

Já os canais de denúncia objetivam a redução de perdas e a educação dos funcionários acerca dos tipos de atividades fraudulentas, permitindo maior identificação dos sinais que indiquem essas atividades. O IBGC (2015, p. 95) indica que se trata de instrumento relevante para acolher opiniões, críticas, reclamações e denúncias, contribuindo então para o combate a fraudes e corrupção e para a efetividade e transparência na comunicação e no relacionamento da organização com as partes interessadas.

Logo, os canais de denúncia tornam a empresa mais protegida contra eventos de fraude e comportamentos antiéticos, fornecem transparência aos processos de negócios e às relações entre os diversos agentes da governança, inibem desvios de conduta, melhoram o ambiente de trabalho e suportam a atuação da auditoria interna (JOBIM, 2018).

Por fim, é fundamental o monitoramento e constante fiscalização, que é uma ferramenta do compliance que visa a observação permanente das atividades da empresa, possibilitando a rápida detecção de desvios e a pronta adoção de respostas e estratégias, a fim de atenuar eventuais danos (LIMA SILVA, PINHEIRO, BOMFIN, 2021, p. 107). Assim, certificar-se-á se as normas seguem sendo respeitadas e se a prestadora de serviços está comprometida com os devidos pagamentos de seus funcionários.

## 4 | CONCLUSÃO

Diante a todo o exposto, compreende-se que a terceirização é uma modalidade de contratação que deve ser feita com cautela e devida análise por parte da tomadora de serviços para não se tornar um prejuízo e acarretar em ações judiciais contra a empresa e lesar sua imagem perante à sociedade.

Desse modo, tendo em vista as técnicas e estratégias envolvidas, pode-se concluir que o programa de compliance é um vantajoso mecanismo que possibilita a prevenção de ações judiciais, a partir de uma análise do histórico empresarial, os riscos do negócio, a investigação da empresa prestadora de serviços e o próprio trabalhador envolvido.

Cumprir destacar que, como bem aborda o IBGC (2017, p.9), os custos pela não conformidade são maiores, não apenas pelos encargos substanciais com eventuais inquéritos e processos, mas também pelos reflexos do envolvimento em escândalos, os quais expõem a imagem a reputação das empresas, impactando seu valor econômico.

Logo, a tomadora de serviço pode prevenir ações judiciais e um possível prejuízo à sua imagem por meio do compliance trabalhista, garantindo um ambiente laboral saudável, melhor para todos os colaboradores e garantir sua maior lucratividade estando dentro da conformidade.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito do trabalho**, 8ª edição. Saraiva. 2017.

BOMFIN CASSAR, Vólia. **Resumo de Direito do Trabalho**. 6ª Ed. São Paulo. Ed. Método. 2018.

COAVILLA, Renato Vieira. **Benefícios práticos do Compliance**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/261662/beneficios-praticos-docompliance> > Acesso em 22 agosto de 2021.

CISNEIROS, Gustavo. **Terceirização Ilícita na Reforma Trabalhista**. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/07/10/terceirizacao-ilicita-na-reforma-trabalhista/> >. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 13ª Ed. São Paulo: LTr, 2014.

ESOIMEME, Ehi Eric. **Curbing Employee Fraud and Corruption in Financial Institutions With an Effective Know Your Employee Program**. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=3287949> >. Acesso em: 29 de agosto de 2021.

FÁBIO CABBETE, André. **O que é compliance. E por que as empresas brasileiras têm aderido à prática.** Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/24/O-que-%C3%A9-compliance.-E-por-que-as-empresas-brasileiras-t%C3%AAm-aderido-%C3%A0-pr%C3%A1tica>. Publicação em: 24 jul. 2017. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. **O Compliance Trabalhista Como Ferramenta Para Evitar Ações Judiciais.** Revista de Ciências do Estado UFMG, v.3, n. 1, 2018.

HASHIZUME, Maurício. **O trabalho escravo da economia global.** In: Desafios do desenvolvimento. 2011, ano 8, n. 70, IPEA, São Paulo, p. 60.

HASHIZUME, Maurício, e PYL, Bianca. **Roupas da Zara são fabricadas com mão de obra escrava.** 2011. Disponível em: < <https://reporterbrasil.org.br/2011/08/roupas-da-zara-sao-fabricadas-com-mao-de-obra-escrava/> >. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Compliance à luz da governança corporativa.** São Paulo. 2017. Disponível em: < <https://ibdee.org/wp-content/uploads/flipbook/5/files/downloads/Guia-IBGC-Compliance-e-Governanc%CC%A7a-.pdf> >. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa.** 5ª ed. São Paulo. 2015. Disponível em: < [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4382648/mod\\_resource/content/1/Livro\\_Codigo\\_Melhores\\_Praticas\\_GC.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4382648/mod_resource/content/1/Livro_Codigo_Melhores_Praticas_GC.pdf) >. Acesso em: 29 de agosto de 2021.

JOBIM, Rosana Kim. **Compliance e Trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

LIMA SILVA, Fabrício, PINHEIRO, Iuri e BOMFIN, Vólia. **Manual do Compliance Trabalhista: teoria e prática.** 2ª ed. Editora JusPodivm, 2021.

LIRA, Michael. **O que é Compliance e como o profissional da área deve atuar?** 2014. Disponível em: <https://michaellira.jusbrasil.com.br/artigos/112396364/o-que-e-compliance-e-como-o-profissional-da-area-deve-atuar>. Acesso em: 29 de agosto de 2021.

MACIEL, João. **Conheça a importância da prática KYC.** Disponível em: <<http://blog.uplexis.com.br/importancia-da-pratica-kyc/>>. Publicado em: 14.07.2016. Acesso em: 26 de agosto de 2021.

MAGALHÃES DE MORAIS, Uérlei. **Compliance trabalhista: a utilização da lei anticorrupção como instrumento de prevenção de conflitos de natureza trabalhista.** Revista TST, vol 85, nº 1, São Paulo, jan/mar, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. **De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas.** In: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CALATAYUD, Manuel (Org.). Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-la Mancha, 2014, p. 21.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenização por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional.** 4ª Ed., Editora LTr, 2008.

## UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A GUETIZAÇÃO DA MULHER NEGRA NO MERCADO DE TRABALHO

*Data de aceite: 01/03/2022*

**Maria Isabel de Sousa Lopes**

**Patrícia Tuma Martins Bertolin**

**RESUMO:** O trabalho das mulheres negras é pauta do movimento feminista negro, por conta da sua importância para a melhoria de vida dessas mulheres, que se encontram majoritariamente em situação de pobreza e em empregos precários. Entretanto, apesar de sua relevância para a sociedade, a questão não tem sido objeto dos debates acadêmicos mais atuais sobre o tema. Enquadrando essa problemática social, o objeto de estudo deste artigo é analisar a participação da mulher negra no mercado de trabalho brasileiro, a partir de uma visão interseccional de gênero, raça/cor e classe, considerando e atribuindo valor para as políticas públicas de concretização dos ditames da Constituição Brasileira de 1988. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica, somada a dados estatísticos brasileiros atuais, além da visão da Organização Internacional do Trabalho sobre o tema, para traçar um panorama histórico, desde o período colonial brasileiro, com a relação entre senhores e escravas, de modo a, a partir dessa análise histórica, vir a localizar a mulher negra no polo precário no conceito de bipolaridade do trabalho feminino. Buscou-se também tratar da divisão sexual do trabalho, e, a partir disso, analisar a efetividade das ações afirmativas na diminuição da quantidade de trabalhadoras no polo precário. Exemplificadas pela política pública

de cotas raciais nas universidades, mostra-se que partes do problema apresentado podem ser amenizadas por meio da educação, mas que por ser complexo, exigem-se mais mecanismos de resolução, pois possibilitar o estudo não garante a entrada das mulheres negras em um mercado de trabalho mais qualificado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Emprego doméstico; Mulher negra; Ações afirmativas.

**ABSTRACT:** The work performed by black women is a subject matter of the black feminist movement due to its importance in enhancing the quality of life of these women, who majority finds themselves below the poverty line and facing precarious jobs. However, despite its relevance to Society, it is yet not found in most contemporary discussions regarding the theme. This article's scope of research, concerning said social issue, is to promote an analysis of the black woman's presence on the Brazilian labour market through an interseccional vision of gender, race/color and class – taking into account and assigning worth to the implementation public policies of Brazil's 1988 Constitution. An bibliographical methodology was applied in addition to modern statistical data and the International Labour Organization view on the matter to trace an historical panorama, since the colonial period, with the relationship between masters and slaves, in order to, from this historical analysis, identifying black woman precarious extremity on the bipolar concept behind female labour. Also seeking too treat the gender work division, and, from that, analyze the effectiveness of such affirmative actions in the decrease in the number of female workers, in the precarious pole.

Alluded to by the public policies of racial quotas in universities, it is shown that aspects of the presented issue can be shoothed by means of education. However, in view of the theme's complexity, more mechanisms of resolution are required, because just encourage study does not guarantee entry of black women into a more qualified labor market.

**KEYWORDS:** Domestic employment; Black Woman; Affirmative actions.

## 1 | INTRODUÇÃO

A situação de trabalho das mulheres negras é deixada de lado muitas vezes em grandes debates feministas, pois, no movimento do feminismo branco, a possibilidade de trabalhar foi uma grande vitória. Mas a história dessas mulheres é outra. “O feminismo das mulheres negras não nasce de uma teoria. Ele nasce de uma prática. Quando as mulheres brancas, de classe média assumem essa luta feminista, elas assumem através de uma teoria, de um questionamento que a gente [mulheres negras] nem fez e nem podia fazer. A nossa situação se dava na rua, no trabalho, na prática.” (EVARISTO, 2008, p. 4).

O trabalho das mulheres negras brasileiras é pauta de um movimento prático e feito por meio de questionamentos nascidos da vivência, como é possível observar nas palavras da feminista brasileira Sueli Carneiro em “Defining Black Feminism”, 1995, p. 17:

Para fazer diferença na vida das mulheres negras brasileiras, temos de fazer mais que simplesmente esperar por um futuro melhor [...]. O que temos de fazer é nos organizar e nunca parar de questionar. O que temos de fazer, como sempre, é trabalhar muito.

O “pensamento feminista negro reconceitua as relações sociais de dominação e resistência” (COLLINS, 2019, p. 434). Sendo que a “opressão e resistência permanecem intrinsecamente ligadas, de tal maneira que a forma de uma afeta a da outra. Ao mesmo tempo, essa relação é muito mais complexa do que um simples modelo formado por opressões permanentes e vítimas eternas” (*Idem*, p. 435). Sendo importante conceituar o debate sobre o mercado de trabalho da mulher negra no conceito do feminismo negro pois é de onde partimos.

A mulher negra vivencia a práxis interseccional de opressão, - gênero, raça e classe, como veremos – no ambiente familiar e social de forma muito conexa, como Lélia Gonzalez afirma ao definir a importância do emprego doméstico para a mulher doméstica em “ela que sobrevive na base da prestação de serviços, segurando a barra familiar praticamente sozinha. Isso porque seu homem, seus irmãos ou seus filhos são objeto de perseguição policial sistemática” (GOZALEZ, 2019). Ou seja, a mulher negra, como a trabalhadora doméstica, ultrapassa o desígnio de estigma social e alcança papel de escancarar os problemas sociais e raciais de uma sociedade patriarcalmente desigual.

Tais problemas sociais foram supostamente ultrapassados com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, que ao determinar a igualdade de qualquer natureza, gera dois efeitos primordiais para a luta por direitos. O primeiro efeito é a superação positiva das

discriminações, ou seja, com a lei determinando a igualdade, é necessário que a sociedade como um todo se una para cumpri-la. E o segundo efeito, sumariamente oposto, é a ideia do grupo dominante de que com a positivação do direito, os problemas estão resolvidos e as discriminações podem ser consideradas “pautas ultrapassadas”. É dever de todos, no entanto, contestá-lo e escancarar as desigualdades.

Por isso, o objetivo deste artigo é analisar a participação da mulher negra no mercado de trabalho, a partir de uma visão interseccional de gênero, raça/cor e classe, números sobre a sua presença no mercado e sobre a situação de vida destas (como o nível de escolaridade e sua presença nos níveis de pobreza) considerando e atribuindo valor para as políticas públicas de concretização da Constituição de 1988, como é o caso do programa de cotas para a entrada no ensino superior.

A metodologia adotada foi a bibliográfica, buscando nas fontes jurídicas e sociológicas a teorização necessária, por meio de livros e artigos científicos. E, este artigo fundamenta-se ainda em dados estatísticos do Brasil, buscados no IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), incluindo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, entre outras pesquisas feitas pelo instituto no período de 2015 a 2020, e o Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça desenvolvido pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em conjunto com a ONU Mulheres, utilizando como parâmetros de análise a empregabilidade, o nível educacional e econômico dos quatro grupos que analisaremos: homem branco, homem negro, mulher branca e mulher negra. A análise jurídica majoritariamente será feita através da conceituação de ações afirmativas, de declarações e convenções da Organização Internacional do Trabalho e a análise social pela história, o conceito de divisão sexual do trabalho e de interseccionalidade.

O artigo será dividido em três seções. Na primeira, será feito um panorama geral do histórico do trabalho feminino negro no Brasil, buscando delimitar uma comparação entre o trabalho exercido pelas escravas no período colonial com a função majoritária das mulheres negras na atualidade como trabalhadoras domésticas.

A segunda seção, tem por objetivo trazer os conceitos de divisão sexual do trabalho e de bipolaridade do trabalho feminino para o da mulher negra, a partir da análise estatística da situação brasileira atual. A última seção aborda as ações afirmativas, seu conceito, seu papel perante as formas de discriminação, o papel das organizações internacionais, as principais políticas públicas sobre o tema sob análise e seus objetivos, buscando determinar assim se há eficácia real no combate às desigualdades.

## **2 | A GUETIZAÇÃO DA MULHER NEGRA NO MERCADO DE TRABALHO**

### **Histórico do trabalho feminino negro**

Este artigo não possui a pretensão de apresentar a história da mulher negra no

Brasil, considerando a falta de conhecimento historiográfico que não permitiria um trabalho fundamentado metodologicamente com a qualidade e profundidade necessários. Mas, a partir de uma práxis interseccional que “investiga como as relações interseccionais de poder influenciam as relações sociais em sociedades marcadas pela diversidade, bem como as experiências individuais da vida cotidiana” (COLLINS; BILGE, 2021, p. 15) serão analisados períodos históricos específicos e que delineiam conceitos e relações necessárias, levando em consideração a intersecção entre as categorias de gênero, raça e classe.

O período colonial da história do Brasil foi marcado pela escravidão, não apenas como um sistema econômico e de força de trabalho, mas como um sistema definidor da sociedade como ela é, assim afirmam Lilia Schwarcz e Heloisa Starling (2018, p.96): “ela [a escravidão] moldou condutas, definiu desigualdades sociais, fez de raça e cor marcadores de diferenças fundamentais, ordenou etiquetas de mando e obediência, e criou uma sociedade condicionada pelo paternalismo e por uma hierarquia estrita”. E é com esta ideia central que se realizará uma análise interseccional da mulher negra, a partir desta época.

A mulher negra é inserida no contexto brasileiro, em decorrência da sua vinda para o país como mão-de-obra escrava, para o trabalho nas plantações de cana-de-açúcar e de trabalho doméstico na casa-grande, como amas de leite, babás, cozinheiras, arrumadeiras entre outras. Sua função reprodutiva também era aproveitada pelos senhores de escravos, para a formação de novos escravos que supririam a necessidade de mão-de-obra junto aos trazidos para o Brasil, considerando as taxas de mortalidade da época (BENEDITO, 2008).

Para designar a mulher que exerce essas funções, surge a palavra “mucama” vinda do idioma quimbundo makamba e significa criada; mulher negra e jovem que auxiliava sua senhora com os afazeres domésticos ou servindo de companhia em passeios; e, por extensão, ama de leite; aquela que amamentava os filhos de seus senhores. Havendo, na caracterização da escrava no sistema produtivo, as funções da trabalhadora doméstica e sendo atribuído também sentido pejorativo, com a prestação de serviços sexuais ao senhor de escravos.

A escrava, mucama, deveria também oferecer suporte aos outros escravos, participando ativamente da comunidade que se formava dentro das senzalas. Havendo assim, uma identificação da empregada doméstica com a escrava, já que, Lélia Gonzalez (2019) ao se referir a trabalhadora doméstica a define como “nada mais é do que a mucama permitida, a da prestação de bens e serviços, ou seja, o burro de carga que carrega sua própria família e a dos outros nas costas”.

Voltando-se para a história, a abolição não foi mero ato formal determinada pela Lei Áurea. O governo brasileiro, imperial na época, foi gradualmente implantando leis para diminuir o trabalho escravo, como a proibição da vinda de novos escravos e a liberdade a partir de certa idade (apesar de irreal que um escravo alcançaria), havendo ainda baixíssima adesão da sociedade, até a abolição propriamente dita, em 1888, que foi duramente criticada, principalmente pelos senhores de escravos, que além de alegar a

inconstitucionalidade da lei, afirmavam que esta era antieconômica e desumana, pois, sem os escravos, os proprietários seriam arruinados, e sem os proprietários, os escravos seriam largados à margem da produção, ao léu. (SILVA, 2017).

Apesar desse ter sido um movimento desesperado dos proprietários buscando sua mão-de-obra gratuita de volta, o pensamento não passa despercebido quando se analisa o trabalho dos ex-escravos na sociedade pós-escravidão. Havendo ainda o processo de migração europeia e japonesa para o país, a marginalização foi ocorrendo de forma sistemática, “ampliam-se então os preconceitos quanto à participação dos negros nos espaços públicos, acentuam-se os mecanismos discriminatórios e impõe-se a tese do branqueamento” (BENEDITO, 2008).

A discriminação racial é descrita escancaradamente em livros e artigos, mas ao inserir a discriminação de gênero no período, se vê como a ideia de liberdade foi ainda mais imaginária para a mulher negra, que não a pode usufruir em nada, já que ser mulher, negra e pobre, na época, era sinônimo de inferioridade, ignorância, subalternidade e ausência de direitos mínimos (D’AVILA NETO; CAVAS, 2010)<sup>1</sup>.

Não havia um movimento interseccional impactante, na época, para lutar pelos direitos dessas mulheres negras, então, dependiam dos movimentos de mulheres, apesar de majoritariamente branco, o que dificulta a luta e a identificação, e com o movimento negro, que mesmo com a imposição de uma hierarquia de gênero, contribuía para a formação de uma identidade negra no país. Tendo, ambos, um papel muito importante na luta pela proteção e promoção do trabalho da mulher, marcos fundamentais, entre as décadas de 1930 e 1960. (BENEDITO, 2008, p.28).

Observa Cláudia Mezzei Nogueira (2000):

Foi justamente no setor terciário da economia que abriram mais espaços para o trabalho feminino, obviamente havia mulheres ocupando postos de trabalho nos outros setores da economia, mas foi em áreas como comércio e serviços que a mulher encontrou mais receptividade à sua mão-de-obra.

O trabalho feminino foi delegado a setores mais precarizados, sendo a igualdade “prometida” pela Constituição de 1988 vista pelo mercado como uma oportunidade de explorar a mulher de mais uma forma. Ou seja, o mercado não só lucra com o trabalho reprodutivo não remunerado da mulher, mas também com o trabalho fora da sua residência, o que Silvia Federici afirma em “o macacão de trabalho não nos dá mais poder do que o avental – muitas vezes, ainda menos, porque agora nós temos que vestir ambos e, por isso, nos sobrou menos tempo e energia para lutar contra eles” (FEDERICI, 2019, p. 53).

A citação de Federici sobre o uso do macacão para trabalhar, símbolo do trabalho em fábricas, é ainda mais esclarecedora quando complementada pelo que Patrícia Bertolin e Nereida Silveira (2019, p. 357) observam: “durante a década de 1990, período de forte

---

<sup>1</sup> Como será provado com os níveis de pobreza e escolaridade nos tópicos seguintes, a mulher negra continua neste local de inferioridade na sociedade com a precarização de seus direitos básicos na atualidade.

influência neoliberal, as mulheres brasileiras conseguiram uma inserção no mercado de trabalho nunca vista, na maioria das vezes em virtude de aceitarem trabalhos precários, a que os homens não se submetiam mais”.

Esse é um padrão de dominação, em que os homens não aceitam mais determinados trabalhos, geralmente os mais precarizados, o que abre espaço para mulheres o assumirem, com salários mais baixos (BERTOLIN; SILVEIRA, 2019). Mas, como será visto, há uma diferença entre o acesso de mulheres brancas e negras nesses espaços.

## **A bipolarização do trabalho feminino na atualidade**

Cristina Bruschini e Maria Rosa Lombardi (2000) publicaram um artigo intitulado “A bipolaridade do trabalho feminino no Brasil contemporâneo” que analisou a presença da mulher no mercado de trabalho a partir de dois polos, o polo precário e o polo mais desenvolvido, no qual o trabalho doméstico era o representante do polo precário e a engenharia, a arquitetura, a medicina e o direito eram os representantes do polo mais desenvolvido. Partindo do movimento de entrada das mulheres, já apresentado, no polo mais desenvolvido “tem-se dado na esteira dos movimentos políticos e sociais deflagrados nas décadas de 60 e 70 – aqui incluído o movimento feminista – e da mudança de valores culturais deles decorrentes” (BRUSCHINI; LOMBARDI, 2000, p.68).

As autoras relacionaram diretamente os movimentos com a expansão do acesso à educação e dessa forma, com empregos mais desenvolvidos, de ocupações técnicas, científicas, artísticas e assemelhadas. Ao estudarem essas profissões, destacam a diferença de salários entre homens e mulheres, a dificuldade de ascensão na carreira e a pouca presença de mulheres em cargos de maior prestígio, mostrando que, mesmo em carreiras em que aparentemente as mulheres dominaram, continuam existindo processos discriminatórios, conforme exposto na análise sobre a Advocacia e o Ministério Público, entre outras carreiras.

Apontam ainda a relação entre o polo precário e o polo mais desenvolvido, que é de fundamental importância para a análise sobre o trabalho doméstico, é o fato de ser “no trabalho das empregadas domésticas que as profissionais frequentemente irão se apoiar para poder se dedicar à própria carreira. Este é o elo que une os dois polos analisados” (*Idem*, p.101). Ou seja, a luta dos anos 60 e 70 pelo acesso à educação e as melhores oportunidades de trabalho, apesar de conquistarem grandes vitórias, não desconstruíram a estrutura patriarcal da sociedade, que exige que as mulheres cuidem da casa; apenas a contornaram, e é dessa forma que as mulheres se encontram fazendo duplas e até triplas jornadas de trabalho ou com a terceirização deste.

O polo precário, definido no trabalho de Bruschini e Lombardi (2000), é formado pelas ocupações “nas quais a presença das mulheres tem se dado tradicionalmente, como o trabalho doméstico, as atividades sem remuneração e as atividades de produção para consumo próprio e do grupo familiar”. Apresentando características essencialmente

femininas, “o emprego doméstico é um dos maiores guetos femininos”, sendo considerados como trabalho apenas quando remunerados e como inatividade econômica, quando exercido pelas esposas e mães.

Federici (2019) ao falar sobre o trabalho doméstico não remunerado, aponta como não apenas uma imposição, mas como um papel que “foi transformado em um atributo natural da psique e da personalidade femininas, uma necessidade interna, uma aspiração” (FEDERICI, 2019) porque, dessa forma, o capital convence as mulheres de que é uma atividade natural e desta forma não merece nenhuma forma de remuneração. Havendo inclusive movimentos internacionais famosos pela luta pela reivindicação de salário para o trabalho doméstico, como é o caso do *Wages for Housework Movement*<sup>2</sup>.

A atribuição da naturalidade feminina para o trabalho doméstico é discutida amplamente em diversos trabalhos, partindo sociologicamente da teoria da divisão do trabalho sexual de Durkheim, como, parte do funcionamento da solidariedade orgânica que busca o funcionamento harmonioso e na coesão social (ALBUQUERQUE, 2007). No entanto, o debate sobre a mulher negra no papel de empregada doméstica é constringido ao movimento feminista negro e suas pesquisadoras.

Sendo isto injustificável, já que as mulheres negras, apesar de juridicamente terem os mesmos direitos que as mulheres brancas, apresentam uma taxa de frequência escolar líquida ajustada no ensino médio de 10,7% a menos de acordo com os dados mais recentes<sup>3</sup> da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), de 2018 e outras desigualdades de renda e acesso, como a mesma pesquisa mostra em relação a cor/raça a situação é “as pessoas de cor branca apresentaram rendimentos 29,7% superiores à média nacional [supracitada], enquanto as pardas e pretas receberam rendimentos 25,7% e 26,8%, respectivamente, inferiores a essa média em 2018” (PNAD, 2018).

Sendo possível relacionar o trabalho doméstico, representante do polo precário, com o passado das mulheres negras, a partir da origem da profissão da doméstica no Brasil, que ocorreu diretamente relacionado com a abolição da escravatura, já que se tornou a principal fonte de emprego para as então ex-escravas (TEIXEIRA; SARAIVA; CARRIERI, 2015, p. 163).

Ou seja, a discriminação influenciada pelo comportamento válido para cada grupo social designa para as mulheres negras, na sua maioria trabalhos pouco prestigiados e mal remunerados. O lugar da mulher negra no mercado de trabalho está demarcado no imaginário das chefias e profissionais de recursos humanos pelo estereótipo da beleza

---

2 Em julho de 2021, a Argentina divulga nascimento de programa de reconhecimento do cuidado materno como trabalho para mulheres com mais de 60 anos ou que sem anos suficiente de atuação para se aposentar, contando ainda para a aposentadoria o tempo em licença maternidade. Fonte: ARGENTINA VAI RECONHECER CUIDADO MATERNO COMO TRABALHO. **Carta Capital**, 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/mundo/argentina-vai-reconhecer-cuidado-materno-como-trabalho/> Acesso em: 22 jul. 2021

3 As estatísticas apresentadas durante este artigo serão as mais atualizadas, considerando o ano de publicação, o contexto da pandemia de Covid-19, e o corte de verbas governamentais para a realização do Censo Democrático pelo IBGE em 2021, que atrasou consideravelmente o censo programado para o ano em questão.

branca, a tão falada 'boa aparência' (YANNOULAS, 2002, p. 18). Em funções como vendedora, recepcionista e secretária costumam ser exigidos determinados atributos estéticos considerados exclusivamente das brancas o que influencia diretamente nas contratações e nos cargos que as mulheres negras conseguem, sendo a maioria com salários menores e baixo reconhecimento social, diretamente relacionado com a pobreza no Brasil, já que, como mostram os níveis de pobreza e setores de ocupação, em 2014, os indicadores de pobreza de pretos e pardos era quase igual ao dos brancos em 2004, sendo a chance de pretos serem pobres ainda era 2,1 vezes maior que a dos brancos e a dos pardos, 2,6 maior. (IPEA, 2019, p. 30).

E, "O Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça no Brasil", pesquisa realizada em 2015, mostra que as mulheres estão principalmente nos setores de serviço social 33,7% e de comércio 17,5%, dentre elas, as mulheres negras estão majoritariamente nos serviços sociais, sendo 35%. Dentro do setor de serviços sociais, 6,6% da população são trabalhadores domésticos remunerados, sendo entre eles: 0,9% homem branco, 1% homem negro, 10,3% mulher branca e 18% mulher negra. Mas, apesar da baixa participação masculina, o rendimento do homem branco é de R\$ 1.118,70 e o da mulher branca representa 74,1% deste e o da mulher negra 62,4%. E, por fim, a distribuição percentual da situação de pobreza mostra que enquanto apenas 1,6 das mulheres brancas se encontram no nível extremamente pobre, 53,5 está no nível não pobre. Já as mulheres negras, 3,7 são extremamente pobres e apenas 28,8 estão fora do nível de pobreza. (Brasil, 2015).

Levando em consideração a contextualização e a teoria sociológica-feminista associada aos dados do Brasil atual, busca-se mostrar o papel das ações afirmativas como o meio de efetivação dos direitos sociais da mulher negra, em especial o de igualdade material ou substancial do trabalho, pois

... [para] o combate eficaz à discriminação, sobretudo essa modalidade de discriminação de cunho histórico e cultural, profundamente entranhada no imaginário coletivo, não bastam leis meramente proibitivas. É preciso ir além e impor medidas de promoção afirmativas. (GOMES, 2001, p. 139).

Sendo assim, o próximo tópico permeará a conceitualização de ações afirmativas e dos tipos de discriminação, enfatizando a positiva, e, assim, trazer a aplicação prática das políticas públicas como no caso das cotas raciais de ingresso no ensino superior para discutir a efetividade delas na busca das mulheres negras de melhores condições de trabalho.

## **O papel das ações afirmativas**

As políticas de ação afirmativa são o meio pelo qual se busca a transformação social, no sentido da correção de uma desigualdade. Sendo o objetivo de sua criação e implantação a busca pela justiça social, com a inclusão dos grupos que sofrem desigualdades (BERTOLIN; BENEDITO, 2013). Na relação entre a mulher e o acesso

ao mercado de trabalho, como já demonstramos ser uma relação escancarada de desigualdades, a Constituição da República de 1988 garante, em seu art. 7º, inciso XX, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. São tais incentivos a permissão constitucional para o desenvolvimento de políticas públicas nesta área, para a efetivação dos princípios constitucionais de igualdade em conjunto com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, em específico para o trabalho doméstico remunerado, a Emenda Constitucional nº 72/2013, conhecida como a PEC das Domésticas.

Tendo ainda a Organização Internacional do Trabalho (OIT) mostrado quais alterações são fundamentais para o crescimento da sociedade e qual o impacto da relação gênero e raça nos índices de pobreza, 2002:

(...) melhorar a situação relativa das mulheres, negros e outros grupos discriminados da sociedade e aumentar sua possibilidade de acesso a empregos capazes de garantir uma vaga digna para si próprios e suas famílias. (...) Além disso, as diferentes formas de discriminação estão fortemente associadas aos fenômenos de exclusão social que dão origem à pobreza e são responsáveis pelos diversos tipos de vulnerabilidade e pela criação de barreiras adicionais para que as pessoas e grupos discriminados superem a situação de pobreza. Gênero e raça/cor são fatores muito importantes para determinar as diferentes possibilidades dos indivíduos de terem acesso a um emprego e nas condições de trabalho: remunerações, benefícios e possibilidades de proteção social. Desse modo, gênero e raça condicionam a forma através das quais os indivíduos e as famílias vivenciam a situação de pobreza e geração de emprego.

Ou seja, políticas públicas que alcançassem as mulheres negras estariam indubitavelmente garantindo não só o direito constitucional à igualdade, mas também, influenciando positivamente os níveis de pobreza do país que, como já mostrado, representa o local ocupado por 71,2% destas (Brasil, 2015).

A OIT traz a proteção ao trabalho da mulher desde a sua Convenção nº 3, de 1919, sobre o Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade), mas as convenções mais atuais, como a número 100, de 1951, sobre igual remuneração entre os gêneros, a abordagem passou a ser a do equilíbrio entre a promoção de igualdade de gênero, buscando a maior contratação de mulheres, a permanência destas e condições dignas de trabalho, e o reconhecimento das diferenças entre homens e mulheres. (GOMES, 2010)

A Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Justa (2008) esclarece e determina 4 objetivos estratégicos para que se alcance esses objetivos: a promoção do emprego, a proteção social – seguridade social e proteção trabalhista, o diálogo social e do tripartismo, o respeito, a promoção e a efetivação dos direitos fundamentais do trabalho. E, para alcançá-los é necessário, segundo a Declaração, “tratamento explícito e sistemático das necessidades de homens e mulheres em todas as políticas, estratégias e programas”

e de “intervenções direcionadas a casos nos quais um sexo – geralmente mulheres – se encontra em uma posição social, política e/ou econômica desvantajosa” (*Idem*).

Vê-se, assim, que o papel da OIT não é apenas apontar a desigualdade e o problema a ser enfrentado, de acordo com os seus princípios, mas como organização responsável por pressionar internacionalmente os países para um mundo com menos discriminação. Para tanto, a organização utiliza três mecanismos: 1. As declarações, convenções e recomendações; 2. Mecanismos de supervisão internacional da aplicação dessas normas; 3. Cooperação e assistências técnicas (GOMES, 2010). Ou seja, aponta e determina que tais problemas precisam ser resolvidos no primeiro, cobra a ação individual dos países no segundo, e, auxilia os países que precisam na efetivação de normas na busca por resultados reais no terceiro.

Retomando o alvo das políticas afirmativas aqui analisadas, Bila Sorj e Adriana Fontes (2010, p. 59) afirmam que:

Provavelmente o principal desafio a ser superado pelas políticas públicas no Brasil é o de conciliar o combate à pobreza com a promoção da autonomia das mulheres; mais especificamente, substituir as políticas de combate à pobreza com forte viés materialista por políticas que fomentem a melhoria do nível e da qualidade de participação das mães no mercado de trabalho, sempre que a autonomia das mulheres for o valor social almejado.

Podendo levar a uma abertura do mercado de trabalho maior para as mulheres negras que não fossem exclusivamente ligadas ao papel de cuidadoras, determinado pelo sexo e agravado pela cor/raça, mas que permitissem a escolha da vivência para essas mulheres. Não podendo ser deixado de lado os tipos de discriminação de raça, já que apesar de abordarem gênero de forma explícita, as declarações e convenções apresentadas também devem ser interseccionadas para entendermos seus efeitos sobre as mulheres negras.

Adilson Moreira (2017), em seu livro “O que é discriminação?”, apresenta os conceitos de discriminação, passando pelas dimensões do termo, os diferentes tipos e as gerações de teorias sobre ela, entre outros tópicos. As duas primeiras conceituações que precisamos entender deste livro são o que é discriminação negativa e o que é discriminação positiva. A *discriminação negativa* designa tratamentos, baseados em uma motivação ilegítima, que violam princípios de igualdade e respeito mútuo, frequentemente motivado por estigmas sociais e que trazem algum tipo de desvantagem para a pessoa que sofre com ela. Já a *discriminação positiva* é a criação de uma vantagem temporária ou permanente para membros de um grupo que possuem um histórico de desvantagem ou vivem em uma situação de vulnerabilidade, objetivando melhorar a vida desses grupos e reverter processos de marginalização.

O autor ainda trata dos tipos de discriminação: a *interpessoal*, envolvendo o comportamento de uma pessoa em relação a outra; a *institucional*, tratamento desfavorável que tem origem nas instituições públicas ou privadas e suas ações; a *estrutural*, em que

os mecanismos discriminatórios não são apenas mecanismos comportamentais, mas sim como sistemas de controle social para produzir a estratificação e a situação de subordinação permanente; a *intergeracional*, que indica como os efeitos de exclusão social se reproduzem ao longo do tempo. A discriminação interseccional não foi listada nesta explanação pois se localiza na segunda geração de teorias da discriminação junto da teoria da multidimensionalidade de opressões, da discriminação inconsciente e da teoria da discriminação organizacional (MOREIRA, 2017).

Apresentado esse panorama geral de conceitos, torna-se possível aplica-los nas ações afirmativas, que se enquadram como uma discriminação positiva a favor dos grupos minoritários. E, envolvendo a mulher negra no mercado de trabalho, não podemos deixar de mostrar como, apesar de estarmos usando a teoria interseccional para estudar esta opressão, estas mulheres sofrem outros tipos de discriminação, como a estrutural que pretende mantê-las nesta posição guetizada em relação aos outros trabalhos, para garantir vantagens.

E, apresentado o conceito de ações afirmativas, o embasamento jurídico para a sua existência com a Constituição Federal de 1988 e as declarações e convenções da OIT, e, por fim, os conceitos de discriminação, em paralelo com o panorama histórico supracitado, enfatiza-se ainda mais o impacto que a inexistência de políticas públicas causa para toda a população negra, principalmente para as mulheres.

É necessário mostrar ainda que a ação afirmativa de maior impacto na população negra do Brasil, com certeza é a de cotas para o ingresso na educação superior, pois, ao eliminar parcialmente a concorrência injusta dos que tiveram oportunidades de estudo, considerando a qualidade e o acesso ao ensino gratuito, e de não sofrerem com a discriminação racial por toda a sua vivência, há a busca por uma reparação histórica do período de escravidão e da má inserção dos negros na sociedade brasileira, quando esta foi abolida, já que a abolição não foi um remédio eficaz contra o preconceito.

O acesso à educação é a proposta mais factível de melhoria na vida das mulheres negras pois, como mostram os dados supracitados, elas ganham menos, tem menos acesso aos direitos básicos e se encontram em maior nível de pobreza. E, é a partir da educação que a população como um todo poderá repensar os estereótipos e processos discriminatórios da nossa sociedade.

A mulher negra repetidamente posta em uma posição subalterna da sociedade, com estereótipos e discriminações que repetem a segregação entre casa-grande e senzala, tem sua saúde, educação, moradia e trabalho guetizados na sociedade. Com acessos precarizados e vivências permeadas de dificuldades, as políticas públicas são as maneiras mais efetivas de superação, mas ainda são escassas e não conseguem atingir toda a população necessitada, necessitando de maior incentivo e uma expansão constante até atingir seu objetivo de superação das desigualdades.

### 3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo propôs um olhar interseccional de gênero, raça/cor e classe para a bipolaridade do trabalho feminino, proposto por Bruschini e Lombardi, enfatizando a divisão sexual do trabalho que coloca as mulheres em trabalho de cuidado e como tal processo pode ser superado por meio das políticas públicas.

Passando pelo processo histórico de segregação da população negra, guetizando a mulher negra em papéis subalternos que a todo momento retornam para sua função na casa-grande, para o conceito de bipolaridade e dados que comprovem sua posição predominantemente no polo precário. Confirmando desta forma a hipótese da não superação das desigualdades de trabalho.

E, desta forma, respondemos a pergunta de pesquisa sobre a possibilidade jurídica das políticas públicas, existentes e futuras, possibilitarem a saída de funções precárias e a inclusão da mulher negra no mercado de trabalho, mostrando que as ações afirmativas são o caminho da superação mas que apenas se inicia.

Ressalta-se ainda o contexto de escrita deste artigo já que, desde março de 2020, o mundo está passando pela pandemia de Covid-19 somando mais de quinhentos mil mortos apenas no Brasil, e, apesar do tema abordado neste artigo transpor a pandemia e seus efeitos, ela deve ser mencionada. A configuração social, econômica e sanitária do país foi escancarada, enfatizando os privilégios de poucos e as lutas diárias por sobrevivência de muitos. A mulher negra empregada doméstica neste momento teve seu trabalho ainda mais precarizado, tendo que trabalhar neste momento de insegurança sanitária, muitas vezes sem os itens de higiene básicos fornecidos, ou então, ficou este tempo sem seu trabalho e muitas vezes sem o seu pagamento, já que a atuação governamental de auxílio foi precária, enfrentando uma crise sanitária e econômica.

Dito isto, este trabalho não se aprofundou no contexto da pandemia e também não serviu para propor uma solução única e simples, já que é um problema interseccional e múltiplo de uma sociedade construída para reafirmar posições de poder. Também não serviu para questionar a posição que as mulheres brancas ainda ocupam no seio familiar, com seu trabalho invisível, mesmo com uma empregada doméstica, de gerência, sendo responsável pelo funcionamento da família como um todo. Conclui-se ainda que apesar da extensa busca bibliográfica e estatística para respaldar o presente, não houve nenhum tipo de pesquisa de campo ou internacionalização do tema, sendo possíveis tais extensões em trabalhos futuros.

### APOIO

PIVIC Mackenzie

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Vivian Matias dos Santos. Divisão Sexual do Trabalho: complementariedade ou conflito? **Revista Urutágua**: revista acadêmica multidisciplinar, Maringá, v. 1, n. 13, p. 1-11, ago-nov/2007. Disponível em: <http://www.urutagua.uem.br/013/13albuquerque.htm>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BENEDITO, Alessandra. In: **Igualdade e diversidade no trabalho da mulher negra**: superando obstáculos por meio do trabalho decente. 2008. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

BENEDITO, Alessandra. **O papel das ações afirmativas no combate à discriminação contra a mulher negra no mercado de trabalho**. In: BERTOLIN, Patrícia T. M.; SMANIO, Gianpolo P. *O direito e as políticas públicas no Brasil* – 1 ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

BERTOLIN, Patrícia T. M.; BENEDITO, Alessandra. **Ações Afirmativas**. In: BERTOLIN, Patrícia T. M.; SMANIO, Gianpolo P. *O direito e as políticas públicas no Brasil* – 1 ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

BERTOLIN, P. T. M.; SILVEIRA, N. S. P. da. Precarização: palavra feminina. **Espaço Jurídico Jornal of Law [EJL]**, [S.l.], v. 20, n. 1, p. 355-376, 2019. DOI: 10.18593/ejll.17363. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17363>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRITO, Benilda R. P. In: “Mulher, negra e pobre, a tripla discriminação”, **Revista Teoria e Debate**, N. 36, 1997.

BRUSCHINI, Cristina; LOMBARDI, Maria Rosa. A bipolaridade do Trabalho Feminino no Brasil Contemporâneo. **Cadernos de Pesquisa**, [S.L.], n. 110, p. 67-104, jul. 2000. FapUNIFESP (SciELO). <https://doi.org/10.1590/S0100-1574200000200003>

CALIL, Léa Elisa Silingowski. **História do direito do trabalho da mulher**: aspectos histórico-sociológicos do início da república ao final deste século. São Paulo: LTr, 2000.

CARNEIRO, Sueli. **Defining Black Feminism**. In: PALA, Achola O. (org.). *Connecting Across Cultures and Continents: Black Women Speak Out on Identity, Race and Development*. Nova York, United Nations Development Fund for Women, 1995, p. 11-8.

COLLINS, Patrícia Hill. **Pensamento Feminista Negro**: conhecimento, consciência e a política do empoderamento - 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2019.

D’AVILA NETO, Maria Inácia; CAVAS, Claudio. Diáspora Negra: desigualdades de gênero e raça no brasil. **Revista Latino-Americana de Geografia e Genero**, [S.L.], v. 2., n.1, p. 03-11, 4 abr. 2011. Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). <http://dx.doi.org/10.5212/rlagg.v.2.i.003011>

Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização justa. 10 jun. 2008. Disponível em: [https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS\\_711685/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_711685/lang--pt/index.htm) Acesso em: 13 jul. 2021

ENSAIOS e Reflexões – Brasília: OIT, 2002. Disponível em: [www.ilo.org/public/portuguese/region/ampro/brasil/inf/download/index.htm](http://www.ilo.org/public/portuguese/region/ampro/brasil/inf/download/index.htm). Acesso em: 8 dez. 2008. In: BENEDITO, Alessandra. *A condição da mulher negra no mercado de trabalho brasileiro – uma síntese do processo de exclusão continuada*. 2008. São Paulo.

FEDERICI, S. **O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista**. Tradução de Coletivo Sycorax. 1ª ed. São Paulo: Elefante, 2019.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. A OIT e a disseminação do combate à discriminação contra a mulher no trabalho: indo além das convenções e recomendações. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan (org.). **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010. Cap. 7. P. 151-178.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio da igualdade**; o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (org.). **Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto**: Interseccionalidades: pioneirismo do feminismo negro brasileiro. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 24-46.

IBGE. Coordenação de Trabalho e Rendimento. In: **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: Rendimento de todas as fontes – PNAD 2018.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. In: **A desigualdade racial da pobreza no Brasil - Texto para Discussão 2487**. 2019.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; ONU Mulheres; SPM – Secretaria de Políticas para as Mulheres; SEPIIR – Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça no Brasil**. 4 ed. Disponível em: <[www.ipea.gov.br/retrato](http://www.ipea.gov.br/retrato)> Acesso em: 31 de mar. 2020.

JESUS, Jessica Oliveira de; CASSILHAS, Fabrício Henrique Meneghelli; SANTOS, Silvana Martins dos. **Literatura negra, feminismo negro e tradução: uma entrevista com Conceição Evaristo**. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 26, n.3, e57055, 2018.

MELLO, Soraia C. de. *Cuidado, cidadania e consubstancialidade: questionando as definições de tempo, trabalho e valor*. In: **Estudos Feministas**. Florianópolis, janeiro-abril/2017.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, 2017. 198 p.

NOBRE, Miriam; FARIA, Nalu (ORGS.). In: **A Produção do Viver**: Ensaios de Economia Feminista. SOF Sempreviva Organização Feminista. ISBN 85-86548-10-3

NOGUEIRA, Cláudia Mazzei. O trabalho feminino no mundo produtivo no Brasil. In: SILVA, Maria Ozanira; YABEK, Maria Carmelita (orgs.) *Políticas públicas de trabalho e renda no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Cortez, 2006).

SCHARCZ, Lília M.. STARLING, Heloisa M.. **Brasil: uma biografia**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, Juremir Machado da. **Raízes do conservadorismo brasileiro**: a abolição na imprensa e no imaginário social. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SORJ, Bila; FONTES, Adriana. **Políticas Públicas e a Articulação entre trabalho e família**: Comparações Inter-Regionais. In: FARIA, Nalu; MORENO, Renata. *Cuidado, Trabalho e Autonomia das Mulheres*. São Paulo: SOF, 2010. 80 p. (Coleção Cadernos Superviva. Série Economia e Feminismo, 2).

TEIXEIRA, Juliana Cristina; SARAIVA Luiz Alex Silva; CARRIERI Alexandre de Pádua. OS LUGARES DAS EMPREGADAS DOMÉSTICAS. **Organizações & Sociedade**, [S.L.], v. 22, n. 72, p. 161-178, mar. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <https://doi.org/10.1590/1984-9230728>.

YANNOULAS, Sílvia Cristina. **Dossiê**: Políticas Públicas e Relações de Gênero no Mercado de Trabalho – Brasília: CFEMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria; FIG CIDA – Fundo para a Igualdade de Gênero e Agência Canadense para o Desenvolvimento Internacional, 2002. 93 p.

## OS DESAFIOS E LIMITES DOS INSTRUMENTOS DE COMANDO E CONTROLE COMO FORMA DE REDUZIR OS IMPACTOS AMBIENTAIS

*Data de aceite: 01/03/2022*

*Data de submissão: 05/01/2022*

### **William Picolo Fibrans**

Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Meridional IMED. Taxista CAPES/PROSUP. Advogado. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen  
Passo Fundo – Rio Grande do Sul  
<http://lattes.cnpq.br/8780054536735856>

### **Ana Paula Coelho Abreu dos Santos**

Pós-graduanda em Direito Ambiental e Urbanístico pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Mestra em Direito pela Faculdade Meridional IMED. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Advogada. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen  
Passo Fundo – Rio Grande do Sul  
<http://lattes.cnpq.br/0169976056405965>

### **Neuro José Zambam**

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED – Mestrado. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo. Doutor em Filosofia pela PUC/RS. Com Estágio Pós-doutoral em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS  
Líder do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen  
Passo Fundo – Rio Grande do Sul  
<http://lattes.cnpq.br/6893744456793355>

**RESUMO:** O presente artigo debate o tema dos instrumentos econômicos e sua utilização como complemento aos instrumentos de comando e controle (lei e pena), dialogando com normativas e doutrinas nacionais e internacionais. Objetiva-se identificar um mecanismo de implementação rápida, capaz de regular atividades econômicas das quais decorram considerável dano ambiental, para além daqueles já positivados na Constituição Federal de 1988 e normativas esparsas. Dessa forma, o problema reside na questão: Os instrumentos econômicos são capazes de atender a este objetivo? Para o desenvolvimento da presente pesquisa, se utiliza do método dedutivo, com aporte bibliográfico, partindo da análise de normativas e princípios positivados, leis e penas, que visam combater o impacto ambiental, oriundo da atividade humana.  
**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente. Sustentabilidade. Mercado. Desenvolvimento. Instrumentos Econômicos.

### **THE CHALLENGES AND LIMITS OF COMMAND AND CONTROL INSTRUMENTS AS A WAY TO REDUCE ENVIRONMENTAL IMPACTS**

**ABSTRACT:** This article discusses the theme of economic instruments and their use as a complement to command and control instruments (law and penalty), in dialogue with national and international norms and doctrines. The objective is to identify a quick implementation mechanism, capable of regulating economic activities that result in considerable environmental damage, in addition to those already established in the Federal Constitution of 1988 and sparse

regulations. Thus, the problem lies in the question: Are the economic instruments capable of meeting this objective? For the development of this research, the deductive method is used, with bibliographic contribution, starting from the analysis of positive norms and principles, laws and penalties, which aim to combat the environmental impact, arising from human activity.

**KEYWORDS:** Environment. Sustainability. Marketplace. Development. Economic Instruments.

## 1 | INTRODUÇÃO

A compreensão acerca da necessidade de se pensar em formas de agir para diminuir o impacto ambiental oriundo do desenvolvimento tem se tornado cada vez mais madura. Encontros internacionais buscando estabelecer acordos com medidas eficientes para a proteção e recuperação do meio ambiente estão sendo realizados com mais frequência, de modo que a pesquisa e o debate público não devem apenas seguir uma tendência global, mas colaborar desenvolvendo ideias consistentes, colaborativas e método-sistêmicas.

Assim, desenvolvendo o tema e dos instrumentos econômicos e sua utilização como complemento aos instrumentos de comando e controle (lei e pena), este artigo possui o escopo de identificar um mecanismo de célere aplicação, capaz de regular atividades econômicas das quais decorram importante dano ambiental. Busca-se atender ao presente objetivo, dialogando com normativas e doutrinas nacionais e internacionais, para além daquelas já positivadas na Constituição Federal de 1988 e normativas esparsas.

Dessa forma, o problema da pesquisa reside em responder à problemática de se os instrumentos econômicos são capazes de atender a este objetivo, se enquadrando como um mecanismo de aplicação célere, com capacidade de regulação de atividades econômicas das quais resultem considerável dano ambiental.

No desenvolvimento do artigo, é utilizado o método dedutivo, com aporte bibliográfico.

## 2 | DESENVOLVIMENTO (IN) SUSTENTÁVEL

De modo geral, as nações possuem alguns objetivos em comum, dentre eles, está o desenvolvimento econômico e social. Diverge-se então, os meios para se alcançá-los e a distribuição destes avanços entre a população, o que está diretamente relacionado com o nível de desigualdade nos países e regiões.

Sabe-se que a América Latina é a região mais desigual do mundo (FUNDAÇÃO JOAQUIM NABUCO, 2016), bem como, as receitas nacionais, ou mais diretamente, o Produto Interno Bruto (PIB), não reflete diretamente a realidade social, de modo que um país pode ter altos ganhos econômicos, enquanto sua população encara a pobreza e privação de capacidades (SEN, 2010).

Além disso, segundo a ONU News (2021), a poluição atmosférica não só contribui para o aquecimento global impactando ecossistemas, como são a causa para cerca de sete milhões de mortes de pessoas por ano. Então, questiona-se o seguimento deste modelo de

desenvolvimento que prioriza o lucro de alguns, em detrimento da saúde de todos.

Há a urgência de se buscar formas de reduzir a poluição ambiental, buscando um desenvolvimento sustentável e o mais “limpo” possível. Inovação, desenvolvimento científico, pesquisa, novas tecnologias capazes de cumprir com esta necessidade emergente são muito importantes, mas assumir compromissos, definir metas e cumpri-las é básico. De outra forma, não há como se garantir a eficácia da proteção ambiental que se faz necessária.

No acordo de Paris de 2015 foram definidas inúmeras metas que passaram a integrar a agenda dos países signatários. O Brasil, por exemplo, se comprometeu naquela oportunidade em reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 43% (quarente a três por cento) até 2030. Contudo, em 2020, o Governo Federal alterou a base de cálculo das metas nacionais, o que significou permissão para poluir mais (G1, 2021).

Nota-se que se faz imperioso mais do que assumir compromissos, mas demonstrar resultados. Os mecanismos de comando e controle existentes na legislação brasileira podem não ser suficientes diante manobras legais que legalizam níveis maiores de poluição, na contramão dos objetivos firmados nas Conferências do Clima da ONU anteriores, Acordo de Paris de 2015, dentre outros.

É certo que a transição de um modelo de desenvolvimento econômico agressivo ao meio ambiente para um modelo mais protetivo irá impactar muito mais os países em desenvolvimento e de terceiro mundo, do que os países desenvolvidos, visto que estes primeiros, de modo geral, obtêm rendimentos através de atividades de contato direto com a natureza, como exploração de minérios, e cultivo de animais para o mercado global de carne. É por isso que o artigo 6º do Livro de Regras do Acordo de Paris tratou do financiamento e cooperação entre os países (GREENPEACE, 2021).

Todavia, os líderes mundiais tem associado o dispositivo acima com o mercado de carbono (GREENPEACE, 2021), deixando de atender a importante medida do Acordo de Paris de 2015 que estabeleceu um fundo anual de US\$ 100.000.000.000,00 (cem bilhões de dólares americanos) destinado às nações pobres e em desenvolvimento que desenvolvessem políticas de redução das emissões, bem como de adaptação às mudanças climáticas, como o aumento dos níveis oceânicos. Até o momento, tal fundo não foi regulamentado, sendo expectativa na COP26 (CNNBRASIL, 2021).

Ações são urgentes. Nas palavras do Presidente de Palau, Sr. Surangel Whipps Jr., quanto à ausência de destinação dos fundos prometidos no Acordo de Paris de 2015, “melhor nos bombardear do que nos deixar morrer lentamente” (VALOR, 2021).

Ora, esta preocupação recente da sociedade para com o meio ambiente tem exigido mais ações emergentes a cada novo momento de avaliação e diagnóstico global. É necessário, portanto, um mecanismo de implementação rápida, capaz de regular atividades econômicas das quais decorram importante dano ambiental.

Portanto, diante de tais preocupações internacionais, o Brasil possui um grande

desafio para cumprir os compromissos de proteção ao meio ambiente, sendo que faz-se necessário pensar formas eficazes de atender à necessidade dos problemas ambientais elencados por essas Convenções a nível global, em que os instrumentos de comando e controle (lei e pena) vastamente utilizado para a fiscalização e proteção do meio ambiente têm se mostrado insuficientes, dessa forma os instrumentos econômicos poderão ser uma possível resposta para atender essas demandas.

### 3 | INSTRUMENTOS ECONÔMICOS

Frisa-se que a preocupação com o meio ambiente é algo muito recente na sociedade, em que por tempos considerava-se que os recursos naturais eram infinitos e inesgotáveis, sendo feita a sua exploração sem qualquer preocupação com a preservação desses recursos para as futuras gerações.

Tal ideia demonstrou ser um equívoco frente à possibilidade do seu esgotamento, em que a forma de exploração deveria ser repensada por ser uma ameaça ao pleno desenvolvimento humano. Nesse sentido, o marco efetivo da proteção ambiental, que delineou um pensamento mais ambientalista, foi em 1972, com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, com a participação de 113 (cento e treze) países, 19 (dezenove) órgãos intergovernamentais e mais de 400 (quatrocentas) organizações, na cidade de Estocolmo (GORCZEVSKI, 2008, p.294).

Afinal, conforme define Zambam (2012, p. 77) à respeito da relação entre Estado e mercado:

A legitimidade moral da atuação do Estado e do mercado precisa ser avaliada considerando a melhoria das condições de vida das pessoas, juntamente com as outras dimensões que caracterizam o ordenamento social, dentre as quais se podem destacar o uso equilibrado dos recursos ambientais, o desenvolvimento sustentável e a responsabilidade moral com as futuras gerações.

É essa legitimidade moral de atuação do Estado e do mercado que deve orientar o desenvolvimento, preocupando-se com o bem-estar social e com as gerações presentes e futuras.

Registre-se que desde a Conferência de Estocolmo de 1972, se multiplicaram documentos internacionais com o intuito de promover uma consciência de proteção e preservação do meio ambiente para que a qualidade de vida seja mantida. No entanto, a divergência do sistema econômico e a preocupação com o meio ambiente ganharam contornos expressivos, principalmente levantados por países em desenvolvimento, uma vez que poderia significar restringir as suas atividades econômicas e a possibilidade de seu desenvolvimento.

Nessa linha Estenssoro *apud* Guimarães (2019, p.49), destaca:

A ênfase em Estocolmo estava posta nos aspectos técnicos da contaminação

provocada pela industrialização acelerada, pela explosão demográfica e pela intensificação do processo de crescimento urbano o qual imprimia um caráter nitidamente primeiro-mundista à reunião. Não deveria surpreender o alto grau de resistência demonstrados pelos países de Terceiro Mundo naquele momento. Como resumiu o representante do governo da Índia em uma reunião preparatória para Estocolmo [...] 'Os ricos se preocupam com a fumaça que sai de seus carros; e nós nos preocupamos com a fome'.

Dessa forma constata-se certa resistência de muitos países em desenvolvimento ao verificar que a possibilidade de desenvolver-se mais estaria ameaçada. Nessa linha, então, procurar pontos de convergência entre o sistema econômico e o meio ambiente se tornou um desafio. Nesse sentido, frente à aceleração da deterioração do meio ambiente, em que essa também atinge o desenvolvimento econômico e social, foi trazido em 1987, pelo Relatório de Gro Brundtland, o termo sustentabilidade e desenvolvimento sustentável.

O Relatório Brundtland reconheceu que o crescimento econômico era necessário para trazer maior prosperidade ao mundo em desenvolvimento. Contudo, o desenvolvimento em geral teria que se tornar sustentável. A Comissão definiu o desenvolvimento sustentável como 'o desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações atenderem as suas necessidades' (GIDDENS, 2010, p.87).

Neste cenário, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o artigo 225 incorporou o conceito da sustentabilidade, ao reconhecer o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, havendo o dever da coletividade e do Poder Público preservá-lo e protegê-lo às presentes e futuras gerações.

Da mesma forma, o Estado brasileiro possui um sistema de direito protetivo-repressivo e se utiliza de instrumentos de comando e controle (lei e pena) para controlar o mau uso dos recursos naturais. Ainda assim, ao analisar o dilema existente entre o sistema econômico e o direito ambiental, constata-se que mesmo as atividades econômicas lícitas geram algum impacto ao meio ambiente, como as externalidades negativas. Essas externalidades, então, são esses custos oriundos da atividade produtiva que não integram os cálculos do produto, mas o seu ônus é repassado para a coletividade (DERANI, 2013).

Diante do exposto, com o fulcro de internalizar tais custos, destaca-se para tal o princípio do poluidor-pagador como mecanismo de responsabilização àquele que poluiu, sendo esses prejuízos acarretados por aqueles que exerceram e lucraram com os danos ambientais. Todavia destaca-se:

[...] no caso das normas com estrutura de comando e controle, o legislador impõe ao agente potencialmente causador de degradação ambiental um dever de redução ou modificação da atividade, sem apresentar-lhe o modo como deverá operar isso. Se os meios não estiverem disponíveis ou se estiverem a um custo superior ao risco da consequência de descumprimento da norma, a regra será simplesmente desobedecida (DERANI, 2013, p.258).

Tal situação fática em que o dano ambiental compensa economicamente não deve

ser objeto de dissídia Estatal, sob risco de todo o aparato normativo, inclusive o princípio do poluidor-pagador, perderem sua efetividade nestes casos, visto que, especialmente as grandes empresas, trabalham sob o objetivo norteador do lucro.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (2007) defende uma espécie de ordenamento promocional, em que haja uma preocupação direcionada para com atos socialmente queridos ou desejáveis, ao invés daqueles indesejáveis, buscando através de incentivos, encorajar comportamentos adequados, e criar instrumentos para concretizá-los.

Esse entendimento vai além daquele positivado no art. 6º, II, da Lei n.º 12.305/2010 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, prevendo em seu bojo, além do princípio do poluidor-pagador, o princípio do protetor-recebedor, visto que este último possui o condão de recompensar uma ação realizada que produza benefícios adicionais ao meio ambiente e à coletividade. Afinal, os incentivos defendidos por Bobbio existem antes ou durante esse “agir”, visando direcionar comportamentos socialmente benéficos.

Questiona-se, portanto, se somente os instrumentos de comando e controle seriam suficientes para garantir a proteção ambiental, bem como se seria eficiente no controle dessas externalidades, bem como vantajoso. Nessa linha expõe Varela (2001, p.13):

Os incentivos de mercado são também chamados de incentivos econômicos ou instrumentos de mercado, porque têm a finalidade de reduzir a regulamentação, dar maior flexibilidade aos agentes envolvidos perante alternativas, reduzir os custos de controle dos problemas ambientais e estimular o desenvolvimento de tecnologias mais limpas. [...]

Ainda, um exemplo que esse mesmo autor traz sobre incentivos de mercado ou instrumentos econômicos são os subsídios de produção menos poluente:

[...] **subsídios de produção menos poluente** – têm a finalidade de auxiliar monetariamente as empresas a cumprirem os padrões ambientais estabelecidos. Podem se dar através de subvenções, empréstimos subsidiados ou incentivos fiscais que estimulem as empresas a adotar medidas anti-polução (VARELA, 2001, p.16).

Como visto, então, esses instrumentos alternativos aos instrumentos de comando e controle se mostram vantajosos, uma vez que dão maior flexibilidade aos atores de como atingir as metas de preservação e conservação ambiental.

Dessa forma, esses instrumentos econômicos ou de mercado demonstram ser uma alternativa interessante, dando maior eficácia aos critérios de sustentabilidade frente ao meio ambiente, ou seja, o uso dos recursos naturais deve ser equilibrado; de forma socialmente justa; e ambientalmente viável. Ainda assim, o uso dos instrumentos de comando e controle são necessários para coibir possíveis condutas lesivas ao meio ambiente, sendo que os instrumentos de mercado devem complementá-los, e não, substituí-los.

## 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo de se identificar um mecanismo de implementação rápida, capaz de

regular atividades econômicas que delas decorram considerável dano ambiental, para além daqueles já positivados na Constituição Federal de 1988 e legislações esparsas, bem como, o problema que norteou a presente pesquisa, isto é, se os instrumentos econômicos são capazes de atender à este objetivo primeiro, foram parcialmente atingidos, uma vez que os instrumentos econômicos se apresentam como uma resposta para que o mercado se integre como ator no atingir as metas do desenvolvimento sustentável, promovendo o bem estar e proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Constata-se que esses instrumentos econômicos ou de mercado demonstram ser uma alternativa interessante, dando maior eficácia aos critérios de sustentabilidade frente ao meio ambiente, ou seja, o uso dos recursos naturais deve ser equilibrado; de forma socialmente justa; e ambientalmente viável. Contudo, o uso dos instrumentos de comando e controle ainda são necessários para coibir possíveis condutas lesivas ao meio ambiente, sendo que esses instrumentos de mercado devem ser complementares aos instrumentos de comando e controle e, não, substituí-los.

Além disso, mostra-se como necessária a criação de novos incentivos capazes de materializar os meios existentes para o direcionamento de ações adequadas e desejáveis em relação ao meio ambiente e aos recursos ambientais.

Por outro lado, a ideia de monetização dos recursos naturais pode vir a se fortalecer com tal mecanismo, aumentando o distanciamento da ética e da economia.

Espera-se, por fim, que a oportunidade da COP26 seja aproveitada para a adoção de medidas concretas mais radicais e eficazes de proteção ambiental, com uma efetiva aliança entre os países, fornecendo sustentação aos países mais pobres e em desenvolvimento, conforme se pactuou no Acordo de Paris de 2015.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Baccaccia Versani; rev. Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri/SP: Editora Manole, 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)> Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 03 nov. 2021.

CNN. Giovanna Galvani. Brasil. **COP26: em clima de urgência e pressão crescentes, cúpula começa neste domingo**. 31/10/2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/cop26-em-clima-de-urgencia-e-pressao-crescentes-cupula-comeca-neste-domingo/>> Acesso em: 03/11/2021.

DERANI, Cristiane. Instrumentos econômicos na Política Nacional do Meio Ambiente: Por uma economia ecológica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.247-272, Janeiro/Junho de 2013.

ESTENSSORO, Fernando. **A geopolítica ambiental global do século 21: os desafios para a América Latina**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2019.

Fundação Joaquim Nabuco. **Continuação do Boletim do Instituto Joaquim Nabuco de Pesquisas Sociais (v.40-2) 1952-1971**. Ciência Trópico. Semestral. ISSN: 0304-2685. 2016.

G1. Jornal Nacional. **Brasil chega à COP 26 como um dos cinco países que mais agravaram o aquecimento global, apesar da pandemia**. 28/10/2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/10/28/brasil-chega-a-cop-26-como-um-dos-cinco-paises-que-mais-agravaram-o-aquecimento-global-apesar-da-pandemia.ghtml>> Acesso em: 02/10/2021.

GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Trad. Vera Ribeiro; rev. André Piani. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

GORCZEWSKI, Clovis. **A importância da educação como política de preservação ambiental**. (in) Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna: constitucionalismo contemporâneo. GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (org). Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2008.

GREENPEACE. Brasil. **COP26: Um teste para a humanidade e a hora da ação**. Brasil chega à Conferência do Clima com promessas vazias e retrocesso nas metas climáticas. 29/10/2021. Disponível em: <<https://www.greenpeace.org/brasil/blog/cop26-um-teste-para-humanidade-e-a-hora-da-acao/>> Acesso em: 02/11/2021.

ONU. ONU News. COP26: cobertura especial da 26ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudança Climática. **Confira 5 gases poluentes que respiramos todos os dias**. 04/11/2021. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769162>> Acesso em: 04/11/2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VALOR. **COP26: “Melhor nos bombardear do que nos deixar morrer lentamente”, diz líder de Palau**. Surangel Whipps Jr., presidente da pequena nação insular da Micronésia, dirige apelo dramático a países ricos. 02/11/2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/mundo/noticia/2021/11/02/cop26-melhor-nos-bombardear-do-que-nos-deixar-morrer-lentamente-diz-lider-de-palau.ghtml>> Acesso em: 04/11/2021.

VARELA, Carmen A. Instrumentos de Políticas Ambientais, casos de aplicação e seus impactos. Relatório de Pesquisa n° 62/2001. Rio de Janeiro: EAESP/FGV/NPP – Núcleo de Pesquisas e publicações. p. 7/30.

ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável**. Passo Fundo: IMED, 2012.

## CRIME QUALIFICADO DE MAUS-TRATOS CONTRA CÃES E GATOS: REFLEXÕES SOBRE A LEI FEDERAL 14.064/2020

*Data de aceite: 01/03/2022*

*Data de submissão: 14/02/2022*

### **Nilsen Aparecida Vieira Marcondes**

Centro Universitário Internacional – UNINTER,  
Programa de Pós-Graduação em Direito Animal  
da Escola da Magistratura Federal do Paraná  
ESMAFE/PR-UNINTER  
Curitiba - PR

<http://lattes.cnpq.br/6789334957023303>

<https://orcid.org/0000-0001-8865-8939>

**RESUMO:** Este artigo objetiva refletir sobre a Lei Federal 14.064 de 29 de setembro de 2020 a qual altera a Lei Federal 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Trata-se de um estudo qualitativo, básico, descritivo, documental e bibliográfico em que se realizou a seleção e leitura dos documentos e das literaturas disponíveis, bem como organização das informações coletadas e análise e discussão das mesmas. Quanto à perspectiva teórica priorizada assenta-se na investigação crítica. Os resultados apontam que a citada Lei apresenta aspectos restritivos e profícuos. Conclui-se que, os aspectos restritivos desta Lei situam-se no fato de focar o aumento da punição exclusivamente contra crimes cometidos aos cães e gatos em detrimento de outras espécies de animais que compõem a fauna brasileira; e com relação à relevância têm-se alguns elementos a considerar: (i) constatação de um avanço

legislativo na área da proteção da integridade física e psíquica dos animais; (ii) reconhecimento de um valor maior para a dignidade de cães e gatos; (iii) caracterização do crime contra cães e gatos como qualificado com previsão de pena mínima de reclusão de dois anos e máxima de cinco anos; multa e proibição da guarda, por conseguinte não mais considerado como infração penal de menor potencialidade ofensiva; (iv) possibilidade de discussão e análise da jurisprudência criminal referente violação da dignidade de cães e gatos; (v) inovação penal atinente à proibição da guarda do animal – lêsse guarda e não posse e/ou propriedade – e seu consequente reconhecimento de que cães e gatos não são coisas e que, portanto, devem ser submetidos aos Institutos de Direito de Família.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crime Qualificado. Maus-Tratos. Cães e Gatos. Regulamentação Federal.

### **QUALIFIED CRIME OF BAD TREATMENT AGAINST DOGS AND CATS: REFLECTIONS ON FEDERAL LAW 14.064/2020**

**ABSTRACT:** This article aims to reflect on Federal Law 14.064 of September 29, 2020, which amends Federal Law 9.605, of February 12, 1998, to increase the penalties imposed on the crime of mistreatment of animals in the case of dogs or cats. This is a qualitative, basic, descriptive, documentary and bibliographic study in which the selection and reading of available documents and literature were carried out, as well as the organization of the information collected and their analysis and discussion. As for the prioritized theoretical perspective, it is based

on critical investigation. The results indicate that the aforementioned Law has restrictive and beneficial aspects. It is concluded that the restrictive aspects of this Law lie in the fact that it focuses on increasing punishment exclusively against crimes committed to dogs and cats to the detriment of other animal species that make up the Brazilian fauna; and in terms of relevance, there are some elements to consider: (i) verification of a legislative advance in the area of protection of the physical and psychological integrity of animals; (ii) recognition of a greater value for the dignity of dogs and cats; (iii) characterization of the crime against dogs and cats as qualified with a minimum sentence of imprisonment of two years and a maximum of five years; fine and prohibition of guard, therefore no longer considered as a criminal offense of lesser offensive potential; (iv) possibility of discussing and analyzing criminal jurisprudence regarding violation of the dignity of dogs and cats; (v) criminal innovation regarding the prohibition of animal custody - we read custody and non-possession and/or property - and its consequent recognition that dogs and cats are not things and that, therefore, they must be submitted to the Law Institutes of Family.

**KEYWORDS:** Qualified Crime. Bad Treatment. Dogs and Cats. Federal Regulation.

## 1 | INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 14.064/2020 derivou da aprovação do Projeto de Lei (PL) nº 1.095/2019, de autoria do Deputado Federal por Minas Gerais Fred Costa, sancionada pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, no dia 29 de setembro de 2020, e com vigência na data de sua publicação, em 30 de setembro de 2020 (BRASIL, 2020).

Esta Lei é comumente denominada Lei Sansão em homenagem a um cachorro chamado Sansão: um pitbull que teve as duas pernas decepadas por um vizinho com histórico de comportamento de maus-tratos contra outros animais no Estado de Minas Gerais (SOARES; BARBOSA, 2020).

A Lei Federal nº 14.064/2020 (BRASIL, 2020) alterou uma outra Lei Federal já existente, qual seja, a Lei 9.605 de 1998 – popularmente reconhecida como Lei de Crimes Ambientais – que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente como um todo (BRASIL, 1998a). A alteração se pautou exclusivamente na inserção de um parágrafo no artigo 32 denominado parágrafo 1º-A o qual trata do crime qualificado de maus-tratos contra cães e gatos (BRASIL, 1998a, 2020).

Diante do exposto o objetivo principal deste trabalho de caráter documental e bibliográfico repousa na reflexão sobre a Lei Federal 14.064 de 29 de setembro de 2020 a qual altera a Lei Federal 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.

## 2 | METODOLOGIA

Este estudo se apresenta quanto à forma de abordagem do assunto, como qualitativo;

no que tange a modalidade investigativa como básico; do ponto de vista de seus objetivos, como descritivo; com relação aos procedimentos técnicos, qualifica-se como documental e bibliográfico; no que diz respeito aos instrumentos de coleta de dados caracteriza-se pela (i) seleção e leitura das normatizações constitucional e infraconstitucionais, bem como da jurisprudência e literatura pertinente sobre o assunto (ii) organização das informações coletadas, e (iii) análise e discussão das informações de cunho documental e bibliográfico; em se tratando da perspectiva teórica priorizada tem-se a investigação crítica (PEROVANO, 2016); e por fim no que concerne ao referencial analítico para análise e interpretação das normatizações utiliza-se da análise de conteúdo (BARDIN, 2011).

### **3 | RESULTADOS**

Por meio da análise de conteúdo (BARDIN, 2011) como eixo para tratamento das informações coletadas nesta revisão documental e bibliográfica chegou-se a dois resultados. Primeiro, de que existem aspectos restritivos presentes na Lei Federal 14.064 de 29 de setembro de 2020 o que a torna limitante e especista (ATAIDE JÚNIOR; ATAÍDE, 2020; BRASIL, 1940, 1988, 1995, 1998a, 1998b, 2020; CERRI NETO, 2021; GORDILHO, 2017; SILVA, 2013; SOARES; BARBOSA, 2020).

E segundo, diversas são as dimensões profícuas desta mesma Lei a saber: (i) constatação de um avanço legislativo na área da proteção da integridade física e psíquica dos animais; (ii) reconhecimento de um valor maior para a dignidade de cães e gatos; (iii) caracterização do crime contra cães e gatos como qualificado com previsão de pena mínima de reclusão de dois anos e máxima de cinco anos; multa e proibição da guarda, por conseguinte não mais considerado como infração penal de menor potencialidade ofensiva; (iv) possibilidade de discussão e análise da jurisprudência criminal referente violação da dignidade de cães e gatos; (v) inovação penal atinente à proibição da guarda do animal – lê-se guarda e não posse e/ou propriedade – e seu consequente reconhecimento de que cães e gatos não são coisas e que, portanto, devem ser submetidos aos Institutos de Direito de Família (BRASIL, 1941, 1990, 1995, 1998a, 2018, 2020).

### **4 | DISCUSSÃO**

#### **4.1 Crime de maus-tratos ou crime contra a dignidade dos cães e gatos?**

É habitual e bastante trivial conferir à tipologia penal, mencionada no artigo 32 da Lei 9.605/1998, a denominação de crime de maus-tratos contra animais (BRASIL, 1998a). Entretanto, defende-se que a designação maus-tratos expressa uma realidade imperfeita e simplista uma vez que cometer maus-tratos contra cães e/ou gatos retrata meramente um dos focos da tipologia penal, que igualmente condena a atitude da prática do abuso, do ferir, do mutilar, bem como da realização de experiências dolorosas ou cruéis em animais

vivos, mesmo que seja para fins didáticos ou científicos, quando existirem outras formas alternativas para se chegar ao resultado que se busca. Diante disso, entende-se que cada animal vítima de abuso, maus-tratos, ferimento, mutilação ou experimentação indevida ou abusiva é sujeito passivo de um crime doloso evidenciado no artigo 32 da Lei 9.605/1998, seja na sua modalidade simples ou qualificada (BRASIL, 1998a).

Outrossim, é importante mencionar também que os atos de abuso, crueldade e maus-tratos contra os animais foram definidos pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV) através Resolução nº 1.236 de 26 de outubro de 2018, que em seu artigo 2º apresenta a seguinte redação:

Para os fins desta Resolução, devem ser consideradas as seguintes definições: [...] II - maus-tratos: qualquer ato, direto ou indireto, comissivo ou omissivo, que intencionalmente ou por negligência, imperícia ou imprudência provoque dor ou sofrimento desnecessários aos animais; III - crueldade: qualquer ato intencional que provoque dor ou sofrimento desnecessários nos animais, bem como intencionalmente impetrar maus tratos continuamente aos animais; IV - abuso: qualquer ato intencional, comissivo ou omissivo, que implique no uso despropositado, indevido, excessivo, demasiado, incorreto de animais, causando prejuízos de ordem física e/ou psicológica, incluindo os atos caracterizados como abuso sexual; [...] (CFMV, 2018, p. 2).

E ainda, a conduta de abandonar animais igualmente representa maus-tratos, conforme preconiza o mesmo Conselho Federal de Medicina Veterinária na supracitada Resolução, em seu artigo 5º, inciso IV (CFMV, 2018).

Logo, uma definição mais apropriada em face da gama de situações sob o foco da tipologia penal mencionada no artigo 32 da Lei 9.605/1998 seria, a que contemplasse a totalidade do bem jurídico protegido por esta norma, qual seja a dignidade individual do animal (BRASIL, 1998a). E esse entendimento é oriundo primeiramente da própria Constituição Federal em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII a qual impõe como regra a proibição da crueldade contra os animais. À vista desta regra constitucional decorre então o valor inerente de todo e qualquer animal, bem como a sua dignidade individual, não obstante papéis que possivelmente possa ou não desempenhar no meio ambiente, na natureza, no equilíbrio ecológico ou na biodiversidade nacional (BRASIL, 1988).

O sujeito passivo imediato da conduta delitiva é o animal considerado em si mesmo. Quem sofre o abuso ou os maus-tratos, quem é vítima do ferimento ou da mutilação ou quem é usado indevidamente em experiências dolorosas ou cruéis é o próprio animal. A dignidade do animal que sofre é o que se protege pela tipificação desse crime. Apenas como sujeito passivo mediato poder-se-ia cogitar o meio ambiente, bem como seus conseqüências. Por essas razões, o crime previsto no artigo 32 da Lei 9.605/1998 será melhor denominado de crime contra a dignidade animal. (ATAÍDE JÚNIOR; ATAÍDE, 2020, p. 2-3).

## 4.2 Os aspectos restritivos e limitantes da Lei Federal 14.064 de 29 de setembro de 2020

Com relação às considerações sobre as limitações da Lei Federal 14.064/2020 tem-se como principal agravante o fato desta alteração legislativa focar o aumento da punição a quem comete crime contra a dignidade dos cães e gatos em detrimento de outras espécies de animais que compõem a fauna brasileira tais como: onças, leões, macacos, cavalos, vacas, ovelhas, aves, coelhos, peixes somente para citar alguns (BRASIL, 2020). Consequentemente, não se pode negar tratar-se de uma Lei Especista.

“A palavra especismo, tal como a conhecemos hoje em dia, foi usada pela primeira vez em um panfleto contra a experimentação animal, escrito em 1970 por Richard Ryder, professor de psicologia da Universidade de Oxford, que a repetiu posteriormente em seu livro *Victims of Science*.” (GORDILHO, 2017, p. 183). O especismo, assim como o racismo, o machismo, o sexismo comporta em si a noção de discriminação (ATAÍDE JÚNIOR; ATAÍDE, 2020; CERRI NETO, 2021; GORDILHO, 2017; SILVA, 2013).

“A espécie *Homo sapiens* se coloca num patamar de superioridade em relação às demais espécies de animais existentes no planeta, decidindo de que forma irá tratar os animais não humanos, escolhendo quais espécies irá proteger e quais irá explorar.” (CERRI NETO, 2021, p. 1).

E no caso da Lei Federal 14.064/2020 percebe-se claramente a ocorrência de uma discriminação em função da espécie, o que traz como consequência um tratamento jurídico distinto, a depender justamente desta espécie do animal (ATAÍDE JÚNIOR; ATAÍDE, 2020; CERRI NETO, 2021; SOARES; BARBOSA, 2020).

Na Lei de Crimes Ambientais lê-se que a pena para quem comete crime contra a dignidade animal de forma geral é a detenção de 3 meses a 1 ano e multa. Entretanto, o mesmo crime tem pena de reclusão de 2 a 5 anos, multa e proibição da guarda quando praticado contra o animal da espécie cão ou gato (BRASIL, 1998a).

Não existe uma justificativa plausível para o fato de se punir de uma forma quem comete crime contra a dignidade de um cavalo, uma vaca, uma onça, uma girafa, dentre outras espécies ou realiza tráfico de animais silvestres e punir de maneira distinta quem comete o mesmo tipo de crime, mas que direcionado exclusivamente a um cão ou gato (ATAÍDE JÚNIOR; ATAÍDE, 2020; CERRI NETO, 2021).

Dando continuidade ao questionamento sobre a motivação pela qual o legislador só previu cães e gatos tem-se ainda outras considerações a fazer – para além do especismo presente na sociedade humana – e que se situam no campo dos interesses econômicos do agronegócio (CERRI NETO, 2021).

Em resposta à pergunta “Por que a Lei Federal 14.064/2020 foca somente cães e gatos?” tem-se a seguinte resposta: A Lei 14.064/2020 está direcionada somente aos cães e gatos porque – conforme mencionaram os próprios parlamentares que participaram

das discussões do então Projeto de Lei originário – se esse acréscimo na pena fosse direcionado de forma geral como deveria e como foi proposto, tal Projeto não teria sido aprovado pelo Congresso Nacional. A exigência, a imposição, a determinação e a premissa para aprovação deste Projeto de Lei é que se restringisse a cães e gatos (CERRI NETO, 2021).

A bancada ruralista, ou comumente denominada Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA), é uma das maiores, mais participativas e influentes bancadas da Câmara dos Deputados Federais. E o que foi acordado entre os congressistas que compõem a citada bancada é que o Projeto de Lei somente seria aprovado se esse aumento de pena para o crime contra a dignidade animal – defendido para ser aplicado universalmente – se restringisse consideravelmente para somente duas espécies de animais não humanos: os cães e os gatos. Imprimia-se assim este estigma especista na citada Lei (CERRI NETO, 2021).

Questão de outra ordem, mas igualmente relevante no que se refere às limitações verificadas na Lei Federal 14.064 de 29 de setembro de 2020 diz respeito ao bem jurídico penalmente protegido pelo artigo 32 da Lei 9.605 de 1998: Lei de Crimes Ambientais.

A redação atual do artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais apresenta-se da seguinte forma:

*Artigo 32.* Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal (BRASIL, 1998a, p.8-9, grifos nossos).

Pelo *caput* do artigo 32 verifica-se que todos os animais podem ser vítimas do crime do artigo supracitado. O *caput* deste artigo 32, o qual contempla também a pena de três meses a um ano além de multa, corresponde ao que se denomina de crime simples, crime na sua modalidade simples. E essa denominação “simples” é comumente usada porque a Lei Federal 14.064/2020 – que introduziu o parágrafo 1º-A no artigo 32 – acabou criando um tipo qualificado. Uma modalidade qualificada tendo em vista que a pena prevista para este tipo de crime é maior. Não é de apenas de três meses a um ano e multa, mas passa a ser uma pena mais significativa, qual seja, de dois a cinco anos de reclusão, além de multa e proibição da guarda. E ainda, esse tipo qualificado é qualificado justamente porque ele se restringe a apenas duas espécies de animais: os cães e os gatos (BRASIL, 1998a, p. 8-9).

E é decorrente deste contexto que a Lei Federal 14.064/2020 deve ser considerada como um passo inicial na proteção mais efetiva dos animais não humanos. E considera-se com um passo inicial precisamente porque não é admissível estagnar-se, paralisar-se

e deter-se neste passo inicial que já foi dado. Pelo contrário, novas etapas deverão ser conquistadas após este reconhecimento mais expressivo da importância da integridade física e psíquica dos cães e dos gatos (BRASIL, 2020).

Em vista disso, defende-se que este avanço legislativo prossiga e que seja estabelecido um aumento de pena no *caput* do artigo 32, em seu parágrafo 1º para que todos os demais animais – além dos cães e gatos – igualmente possam ter: (i) sua integridade física e psíquica penalmente tutelada e que (ii) os crimes cometidos contra esta integridade não sejam considerados como uma infração penal de menor potencialidade ofensiva (BRASIL, 1998a, 2020).

Considera-se muito incoerente estabelecer que o desrespeito à integridade física e psíquica de cães e gatos é um crime sério e afirmar que o tráfico de animais silvestres, bem como o crime contra a dignidade destes – conforme citado no artigo 29 da mesma Lei – continue sendo considerado como crime de menor potencial ofensivo submetido às benesses dos Juizados Especiais Criminais (BRASIL, 1995, 1998a, 2020).

A modalidade simples – e ainda é a modalidade simples – do *caput* do artigo 32 define que a violação da integridade física e psíquica dos animais é uma infração penal de menor potencialidade ofensiva (BRASIL, 1998a) e, por isso, submetida aos Juizados Especiais Criminais (BRASIL, 1995). Ocorre que apenas os cães e os gatos – citados no parágrafo 1º- A pelo tipo qualificado – têm a ofensa à integridade física e psíquica deles não considerada como crime de menor potencialidade ofensiva (BRASIL, 2020).

Diante do paradoxo supracitado emerge a seguinte indagação: Caso haja crime contra a dignidade dos cães e dos gatos a circunstância é séria e o crime será direcionado à Justiça Penal comum. Por outro lado, se o crime for contra a dignidade de uma onça pintada ou ainda se ocorrem crimes contra a dignidade dos animais silvestres que estão até mesmo na lista de espécies ameaçadas de extinção, o crime é considerado de menor potencialidade ofensiva? Desse modo, percebe-se a existência de uma desproporcionalidade grave, qual seja, esta desproporcionalidade interna que se alocou dentro da Lei dos Crimes Ambientais (BRASIL, 1998a).

Por outro lado, a Lei Federal 14.064/2020 é relevante porque é necessário que se consolide a proteção da integridade física e psíquica animal como crime sério (BRASIL, 2020) uma vez que se torna inaceitável considerar tal crime como de menor potencial ofensivo submetido aos Juizados Especiais Criminais (BRASIL, 1995). Todavia, o escopo protetivo não pode ser direcionado somente aos cães e gatos. É impreterível que se progrida para uma repressão penal que abarque a universalidade de animais tutelados pelo artigo 32 da Lei 9.605 de 1998. Não se pode parar somente nos cães e nos gatos. É necessário avançar. Entende-se que isso precisa ser repensado, a legislação corrigida e a proporcionalidade interna garantida (BRASIL, 1998a,2020).

O crime contra a dignidade de um cavalo – por exemplo – é considerado de menor potencial ofensivo, ou seja, um crime na sua modalidade simples assim como o crime

contra todos os demais animais da fauna brasileira (BRASIL, 1998a) excetuando cães e gatos (BRASIL, 2020) e cetáceos: baleias, botos e golfinhos (BRASIL, 1987).

No caso do crime contra a dignidade de um cavalo o que ocorre no território brasileiro em termos de proteção da integridade física e psíquica deste animal é a aplicação de uma pena que prevê detenção de três meses a um ano e multa (BRASIL, 1998a). Como a pena máxima é inferior a dois anos, o crime cometido contra o cavalo é considerado infração penal de menor potencial ofensivo e por consequência *não* pode ser apreciado pela Justiça Criminal Comum, mas sim encaminhado para o Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995).

Além disso, *não* é possível realizar a prisão em flagrante mesmo que os fatos estejam sendo presenciados em tempo real. O que é possível é a condução do agressor – pessoa física e/ou jurídica – à Delegacia. Entretanto, mesmo na Delegacia *não* será instaurado pelo delegado um Inquérito Policial e também *não* será lavrado um Auto de Prisão em Flagrante. E isso porque praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar um cavalo é considerado crime de menor potencial ofensivo (BRASIL, 1998a).

O que cabe nesta situação – por parte do delegado – é a instauração do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), ou seja, a elaboração de um documento onde se fará constar de forma sintética o ocorrido, contendo informações sobre: (i) quem foi o suposto praticante do crime; (ii) o que aconteceu; (iii) quem conduziu o agressor do cavalo à delegacia; (iv) se havia ou não testemunhas; (v) dentre outras informações que o delegado julgar pertinente (BRASIL, 1995).

Na sequência, o delegado irá solicitar que o agressor do cavalo assine um documento se comprometendo a comparecer numa audiência que ocorrerá no Juizado Especial Criminal. E, em seguida – após a assinatura – este agressor será liberado pelo delegado para retornar as suas atividades rotineiras. Posteriormente o agressor será intimado a comparecer naquela audiência (BRASIL, 1995).

No momento da audiência, o Promotor de Justiça terá de cumprir a Legislação a qual prevê a necessidade de realização de um acordo com o agressor do cavalo. Este acordo é denominado Transação Penal (BRASIL, 1995). E, nele o agressor é informado pelo Promotor de Justiça que poderá deixar de responder a ação penal caso ele concorde em prestar serviços à comunidade ou fazer doações de cestas básicas (BRASIL, 1940, 1988, 1995, 1998a, 1998b).

E, se por qualquer razão o agressor do cavalo se recusar a prestar serviços à comunidade ou fazer doações de cestas básicas como lhe sugeriu o Promotor de Justiça, existe ainda uma outra alternativa que lhe é ofertada e desta vez pelo juiz e não mais pelo Promotor de Justiça: trata-se da Sursis Processual. Sursis Processual é a suspensão condicional do processo penal por um período de dois a quatro anos, sendo facultativo ao agressor do cavalo aceitá-la ou não. Neste caso o juiz informa ao agressor - de acordo com os incisos do § 1º do artigo 89 da Lei 9.099/95 - que ele: (i) deverá reparar o dano; (ii) será proibido de frequentar determinados locais e de se ausentar da comarca onde reside sem

autorização; (iii) deverá comparecer pessoalmente e obrigatoriamente a juízo, todo mês, para informar e justificar suas ações; (iv) dentre outras condições estipuladas pelo juiz. Caso o agressor do cavalo opte pela recusa deste benefício, a ação continuará seguindo seu estágio evolutivo normal. Por outro lado, se o agressor aceitar cumprir as condições e transcorrido o prazo estabelecido, o processo será extinto sem dar origem à reincidência ou maus antecedentes visto que será como se nunca houvesse existido (BRASIL, 1940, 1988, 1995, 1998a, 1998b).

Dando sequência ao exemplo, caso o agressor do cavalo não tenha cumprido as medidas no curso da suspensão ou mesmo não tenha aceitado o benefício da Sursis Processual, o processo volta a tramitar no exato estágio em que havia parado. E suponhamos que ao final da tramitação do processo o agressor do cavalo tenha sido condenado, condenado a seis meses de detenção. Nesta situação, existe a possibilidade de o juiz substituir a pena privativa de liberdade – que é a reclusão – por uma pena restritiva de direitos conforme definido no artigo 44 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940). E a pena restritiva de direitos abrange dentre outras realidades a prestação de serviços à comunidade, as doações de cestas básicas, enfim. A substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos podem ocorrer: (i) devido à pena de reclusão imposta não ultrapassar o limite de quatro anos; (ii) caso haja o entendimento de que: (a) o delito praticado não tenha ocorrido com violência ou grave ameaça à pessoa; (b) o agressor do cavalo tenha preenchido os requisitos subjetivos para receber o benefício; (c) etc. (BRASIL, 1940, 1988, 1995, 1998a, 1998b).

Destarte, no que se refere ao crime contra a dignidade animal, excetuando cães, gatos, baleias, botos e golfinhos, este é o caminho percorrido pelo agressor – seja pessoa física e/ou jurídica – dentro dos Juizados Especiais Criminais (BRASIL, 1940, 1987, 1988, 1995, 1998a, 1998b, 2020). Diante disso, é preciso continuar insistindo no Congresso Nacional para a aprovação dos novos Projetos de Lei para que a universalidade dos animais não humanos, seja realmente atendida pela Legislação Infraconstitucional pátria.

### **4.3 As dimensões profícuas da Lei Federal 14.064 de 29 de setembro de 2020**

Não obstante a Lei Federal nº 14.064/2020 restringir-se somente a cães e gatos isso não invalida a constatação de um avanço legislativo na área da proteção da integridade física e psíquica dos animais. A existência dessa Lei é melhor do que sua inexistência. Ao menos cães e gatos a partir de 29 de setembro de 2020 – assim como já ocorre com os cetáceos desde 18 de dezembro de 1987 – poderão contar com uma proteção legislativa maior. E maior do que a que todos os outros animais ainda estão submetidos, ou seja, de persistência numa mesma situação de violação da sua dignidade até então considerada em nível de menor potencial ofensivo. Nesta direção, considera-se que a Lei 4.064/2020 chegou para somar-se à Lei 7.643/1987 (BRASIL, 1987, 2020).

Desse modo, mais um passo – de outros que possivelmente estão por vir – foi dado na direção da proteção animal. E, não se pode parar neste estágio evolutivo apenas reconhecendo um valor maior para a dignidade de cães e gatos. É preciso continuar. E neste sentido, defende-se a relevância de um avanço legislativo progressivo no sentido de que se tenha uma ampliação da pena no caput do artigo 32 da Lei 9.605/1998 em seu parágrafo primeiro. E isso porque se entende que todos os outros animais igualmente possuem uma dignidade própria que necessita ser penalmente tutelada e que o atentado contra esta dignidade não pode ser concebido como uma infração penal de menor potencialidade (BRASIL, 1998a, 2020).

A Lei 14.064/2020 permitiu que cães e gatos – assim como já ocorre com as baleias, botos e golfinhos – sejam reconhecidos em sua dignidade própria, dignidade esta que precisa ser penalmente tutelada cujo crime contra ela não pode ser considerado uma infração penal de menor potencialidade. Desta forma, é um avanço pensar que desde 29 de setembro de 2020 a ofensa à dignidade de cães e gatos não é considerada mais como um crime de menor potencialidade ofensiva (BRASIL, 1987, 1998a, 2020).

A Lei 14.064/2020 é relevante porque é urgente alçar a proteção da dignidade animal como crime sério. É inaceitável considerar a ofensa a esta dignidade como crime de menor potencial ofensivo submetido ao Juizado Especial Criminal. Mas, evidentemente não apenas para cães e gatos. É preciso avançar na busca por uma maior repressão penal para toda a universalidade de animais que estão sob a proteção do artigo 32 da Lei 9.605 de 1998. E isso porque o que se salvaguarda criminalizando os maus-tratos no artigo 32 é justamente a dignidade individual de cada animal. O bem juridicamente defendido pelo artigo 32 é a dignidade animal. Logo, não se pode parar por aqui, ou seja, na proteção ampliada somente da dignidade dos cães e gatos (BRASIL, 1941, 1995, 1998a, 2020).

Desde 29 de setembro de 2020 está em vigor o parágrafo 1º-A do artigo 32 da Lei 9.605/1998, introduzido pela Lei 14.064/2020. Isso significa que o crime contra a dignidade dos cães e gatos situados no território nacional: (i) deixa de ser um crime de menor potencial ofensivo e se caracteriza como crime qualificado; (ii) prevê (a) pena mínima de reclusão de dois anos e máxima de cinco anos; (b) multa e (c) proibição da guarda (BRASIL, 1941, 1995, 1998a, 2020).

Como a violação da dignidade de cães e gatos em território nacional passou a ser classificado como crime qualificado desde 29/09/2020 (BRASIL, 1998a, 2020) a situação deve ser julgada pela Justiça Criminal Comum (BRASIL, 1941), ou seja, o agressor de cães e/ou gatos não será mais encaminhado ao Juizado Especial Criminal como ocorria anterior à data de 29 de setembro de 2020 (BRASIL, 1941, 1995, 1998a, 2020).

Ademais, conforme explicitado no artigo 302 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941), cabe prisão em flagrante. E, uma vez preso em flagrante o delegado de polícia: (i) não poderá conceder fiança bem como (ii) não vai elaborar aquele elementar e trivial documento denominado Termo Circunstanciado de Ocorrência, pelo contrário (iii)

será instaurado um Inquérito Policial (BRASIL, 1941,1995).

No cenário jurídico que se consolidou após introdução da Lei Federal 14.064/2020, o agressor de cães e/ou gatos: (i) será processado; (ii) haverá Processo Penal; (iii) a partir do momento em que o Promotor de Justiça denunciar este agressor de cães e/ou gatos pelo crime do parágrafo 1º-A do artigo 32 da Lei 9.605/1998, esse processo seguirá, podendo gerar antecedentes criminais e gerar também reincidência; (iv) será encaminhado para a Audiência de Custódia e, nesta Audiência não será ofertada a Sursis Processual ao agressor de cães e/ou gatos, ou seja, não caberá suspensão condicional do processo e, a depender das características do caso concreto, o juiz poderá decretar a prisão preventiva deste indiciado, circunstância que sob a égide do sistema anterior – pelo menos com relação a cães e gatos no que diz respeito à forma como a situação era conduzida até então – não era possível (BRASIL, 1941,1995,1998a, 2020).

Outra questão igualmente relevante no sentido de se avançar na proteção dos animais não humanos se refere ao fato de que anterior à Lei Federal 14.064/2020 não era possível discutir e analisar jurisprudência criminal referente violação da dignidade de cães e gatos. Entretanto, na contemporaneidade isso é possível. A partir da entrada da Lei Federal 14.064/2020 na ambiência jurídica pode-se discutir e analisar jurisprudência criminal até mesmo do Superior Tribunal de Justiça uma vez que agora os recursos poderão ser interpostos dentro deste Processo Penal para chegar até o Supremo. Logo, será possível dispor e usufruir das decisões dos Tribunais Superiores sobre o crime do parágrafo 1º-A do artigo 32 da Lei 9.605/1998, situação inenquívoca em tempos pretéritos porque violação da dignidade de cães e gatos era solucionada na base da prestação de serviços à comunidade ou repasse de cestas básicas (BRASIL, 1940, 1941,1988,1995,1998a,1998b, 2020).

Evento de outra ordem e de congênera importância atinente à evolução da proteção da dignidade de cães e gatos diz respeito à proibição da guarda. Trata-se de uma inovação penal contida no parágrafo 1º-A do artigo 32 da Lei 9.605/1998 introduzida pela Lei Federal 14.064/2020. E, esta pena de proibição da guarda não é *substitutiva*, mas *cumulativa* (BRASIL, 1998a, 2020).

Por proibição da guarda está previsto que agressor de cães e/ou gatos não ficará com o animal vitimado pelos seus atos de violência. E, este cão e/ou gato que foi maltratado, ferido e/ou mutilado deverá ser colocado em família substituta. Portanto, cabe busca e apreensão do animal por parte da polícia desde o início, bem como repasse de orientação para este infrator que além das penas de privação de liberdade, pena de multa ele também vai perder a guarda do animal (BRASIL, 1998a, 2020).

Com relação à perda da guarda do animal é importante reforçar que o que ocorre de imediato é a busca e apreensão do cão e/ou gato. Esta busca e apreensão é denominada Medida Cautelar Criminal. O Código de Processo Penal – Lei 3.689/1941 – prevê algumas medidas cautelares as quais são compreendidas como medidas garantidoras do andamento do processo antes da ocorrência da sentença penal (BRASIL, 1941).

Assim sendo, no caso do agressor do cão e/ou gato, primeiramente ocorrerá a busca e apreensão do animal: Medida Cautelar. Posteriormente – se o agressor (pessoa física e/ou jurídica: *petshops*, *canis* ou *gatis*) for condenado, ou seja, se houver sentença penal condenatória – esta Medida Cautelar será convertida numa pena: a Pena de Proibição de Guarda. Isto posto, fica evidente que a Pena de Proibição de Guarda somente será aplicada por meio da sentença penal condenatória (BRASIL, 1984). Entretanto, cautelarmente é admissível a busca e apreensão do cão e/ou gato uma vez que se trata(m) da(s) vítima(s) do crime e isto está previsto na Lei 3.689/1941 (BRASIL, 1941).

Outro aspecto relevante ainda dentro deste mesmo dispositivo penal referente à proibição da guarda diz respeito ao fato da Lei Federal 14.064/2020 não grafar em seu texto as palavras *posse* ou *propriedade*. Dito de outra forma, o agressor não perde a *posse* do cão e/ou gato, não perde a *propriedade* destes animais não humanos, mas sim a *guarda*. Falar em proibição da *guarda* de um cão e/ou gato significa o reconhecimento de que estes animais não são coisas (BRASIL, 1998a, 2020).

A utilização dos termos *guarda*, *tutela* bem como das expressões *perda da guarda* e *destituição da tutela* remete à ambiência do Direito de Família. E, a Lei Federal 14.064/2020 ao grafar em seu texto *perda da guarda* está justamente se reportando a um Instituto típico do Direito de Família. Dessa forma, é preciso admitir que se tem – desde 29 de setembro de 2020 – uma Lei Federal aceitando e confirmando que cães e gatos não são coisas e que, por consequência, devem ser submetidos aos Institutos de Direito de Família (BRASIL, 1990, 2018, 2020). Portanto, a Lei 14.064/2020, de certa forma, reconhece o diferencial existente na relação diária entre cães, gatos e os respectivos seres humanos que convivem no mesmo ambiente familiar.

Sabe-se que o animal domesticado no seio familiar se envolve num apego efetivo tão intenso que a convivência faz com que o próprio animal transmita sinais de entendimento de tudo o que lhe é passado, como por exemplo, quando o seu dono demonstra insatisfação com o seu comportamento, denota tristezas, alegrias, hora da alimentação, dias de passeios, instruções de que não pode urinar ou evacuar em certos locais, enfim, o animal comporta-se de forma um pouco racional. (OLIVEIRA, 2019, p. 8).

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2018, ao julgar uma demanda de Direito de Família, evidencia que os animais de companhia devem: (i) ser contemplados por regulamentação específica e (ii) ter sua dignidade protegida. Tal interpretação jurisprudencial adensa e reforça o conteúdo de uma Lei que seria promulgada dois anos após a temática ter sido discutida e resguardada por decisão do Supremo Tribunal de Justiça, qual seja, a Lei 14.064/2020 (BRASIL, 2020).

Dada a relevância deste precedente proferido pelo STJ no ano de 2018, apresenta-se na sequência a decisão proferida:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO

RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO.

1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, §1, inciso VII – “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”).

2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos.

3. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a animais de companhia que possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bes não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

4. Por sua vez, a guarda propriamente dita – inerente ao poder familiar – instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar.

5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade.

6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente – dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado.

7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.

8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido.

9. Recurso especial não provido. (STJ – Resp: 1713167 SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 09/10/2018). (BRASIL.STJ, 2018, p. 1).

**À vista de tudo o que foi explicitado enquanto avanços da Lei Federal 14.064/2020,**

não há como negar que o cenário jurídico que se formou e está se consolidando após introdução da Lei Federal 14.064/2020 é realmente muito importante no sentido de dar mais significado e uma maior valorização à dignidade dos animais não humanos. Dessa maneira, não se pode deixar de considerar que a Lei Federal 14.064/2020 constitui mais um passo à frente na direção da proteção da dignidade animal (BRASIL, 2020).

## 5 I CONCLUSÃO

Conclui-se que a Lei Federal 14.064 de 29 de setembro de 2020 apresenta aspectos restritivos e profícuos. Os aspectos restritivos situam-se no fato desta Legislação focar o aumento da punição a quem comete crime contra a dignidade exclusivamente de cães e gatos em detrimento de outras espécies de animais que compõem a fauna brasileira. Isto posto, não se pode negar tratar-se de uma Lei (i) limitante e (ii) especista.

Por fim, com relação às dimensões profícuas da Lei Federal 14.064/2020 têm-se alguns elementos a considerar: (i) constatação de um avanço legislativo na área da proteção da integridade física e psíquica dos animais; (ii) reconhecimento de um valor maior para a dignidade de cães e gatos; (iii) caracterização do crime contra cães e gatos como qualificado com previsão de pena mínima de reclusão de dois anos e máxima de cinco anos; multa e proibição da guarda, por conseguinte não mais considerado como infração penal de menor potencialidade ofensiva; (iv) possibilidade de discussão e análise da jurisprudência criminal referente violação da dignidade de cães e gatos; (v) inovação penal atinente à proibição da guarda do animal – lê-se guarda e não posse e/ou propriedade – e seu consequente reconhecimento de que cães e gatos não são coisas e que, portanto, devem ser submetidos aos Institutos de Direito de Família.

## REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, V. de P.; ATAÍDE, L.E. de L. Comentários sobre o crime qualificado de maus tratos contra cães e gatos (art. 32, § 1º-A, Lei 9.605/1998). **Revista Jus Navigandi**, Teresina/PI, v. -, n. -, p. 1-21, nov. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86787/comentarios-sobre-o-crime-qualificado-de-maus-tra-tos-contra-caes-e-gatos-art-32-1-a-lei-9-605-1998>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto-**Lei 2.848**, 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Brasília, DF, 1940.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto-**Lei 3.689**, 03 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 7.210**, 11 de julho de 1984. Dispõe sobre a instituição da Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 1984.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 7.643**, 18 de dezembro de 1987. Dispõe sobre a proibição da pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras e dá outras providências. Brasília, DF, 1987.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 8.069**, 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 9.099**, 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF, 1995.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 9.605**, 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Brasília, DF, 1998a.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 9.714**, 25 de novembro de 1998. Dispõe sobre a alteração dos dispositivos do Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília, DF, 1998b.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 13.715**, 24 de setembro de 2018. Dispõe sobre a Alteração do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. Brasília, DF, 2018.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1713167 SP 2017/0239804-9**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 19/06/2018, T4 – Quarta Turma. Publicação: DJe 09/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 14.064**, 29 de setembro de 2020. Dispõe sobre a alteração da Lei nº Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília, DF, 2020.

CERRI NETO, M. Especismo afetivo. **Publicações Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), 4ª Subseção**, Rio Claro/SP, v. -, n. -, p. 1-2, abr. 2021. Disponível em: <<https://www.oabrioclaro.org.br/especismo-afetivo/>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CFMV. Conselho Federal de Medicina Veterinária. **Resolução 1.236**, 26 de outubro de 2018. Dispõe sobre a definição e caracterização de crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados, sobre a conduta de médicos veterinários e zootecnistas e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/47542721/do1-2018-10-29-resolucao-n-1-236-de-26-de-outubro-de-2018-47542637](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/47542721/do1-2018-10-29-resolucao-n-1-236-de-26-de-outubro-de-2018-47542637)>. Acesso em: 14 fev. 2022.

GORDILHO, H. J. de S. **Abolicionismo Animal**: habeas corpus para grandes primatas. 2ª ed. Salvador: Edufba, 2017.

OLIVEIRA, N. L. dos S. de. **Guarda compartilhada de animais de estimação no caso de dissolução conjugal**. 2019. 16f. **Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito)** – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2019/pdf/NeidianeLimadosSantodeOliveira.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/pdf/NeidianeLimadosSantodeOliveira.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2022.

PEROVANO, D. G. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. 1ª ed. Curitiba: Intersaberes, 2016.

SILVA, T. T. de A. **Direito Animal e Ensino Jurídico: Formação e Autonomia de um Saber Pós-Humanista**. 2013. 192f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito/Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Animal, Meio Ambiente e Pós-Modernidade, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2013.

SOARES, A.R.N.; BARBOSA, E. P. Direito dos Animais: Regulamentação no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina/PI, v. -, n. -, p. 1-14, set. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86119/direito-dos-animais-regulamentacao-no-brasil>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

## MODELOS DE CIDADE INTELIGENTE E EMPRESAS CAPITALISTAS DE PLATAFORMA MEDIADAS POR TECNOLOGIAS DIGITAIS

Data de aceite: 01/03/2022

**Joseane Kador Balestrim**

Pós-Graduação em Desenvolvimento Local-UCDB

**Cleonice Alexandre Le Bourlegat**

Pós-Graduação em Desenvolvimento Local-UCDB

**RESUMO:** As tecnologias digitais se fazem cada vez mais presentes na vida cotidiana das pessoas, especialmente daquelas que vivem nas cidades, além de estar proporcionando profundas transformações nos modelos de negócios. O objetivo deste estudo foi identificar como tem avançado a abordagem teórica a respeito do modelo de cidade inteligente, assim como dos novos modelos de negócio oligopolistas no mundo, baseados em plataformas digitais e as tendências de estas influírem na vida das pessoas que vivem nas cidades. Verificou-se que a abordagem sobre o modelo de cidades inteligentes vem avançando nos últimos anos, de uma visão técnica e mais voltada à solução dos serviços de infraestruturas, para uma preocupação mais humanística e sustentável, que leva em conta diversas dimensões. Por outro lado, constatou-se uma apropriação capitalista das plataformas digitais baseadas em novos modelos de negócio, que deram origem a empresas oligopolistas de atuação em nível global, que funcionam sob lógicas econômicas específicas. Foi possível apreciar três modelos na forma de atuação dessas grandes empresas:

(1) as empresas baseadas em publicidade, com acesso gratuito e uso das informações dadas pelos usuários; (2) as empresas baseadas na economia de demanda; (3) empresa capitalista de plataforma baseadas no *e-commerce*. Elas tendem a centralizar o poder de decisão, de análise e predição, graças à conexão de três sistemas: computação em nuvem, Big Data e Internet das Coisas. A grande questão tem sido os Municípios permitirem a entrada dessas grandes empresas no ambiente das cidades inteligentes, sem tomar os devidos cuidados, para garantir maior segurança na gestão dos dados locais e dos cidadãos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cidades inteligentes. Tecnologias Digitais. Empresas capitalistas de plataforma.

### SMART CITY AND CAPITALIST PLATFORM COMPANIES MODELS MEDIATED BY DIGITAL TECHNOLOGIES

**ABSTRACT:** Digital technologies are increasingly present in people's daily lives, especially those who live in cities, in addition to providing profound transformations in business models. The aim of this study was to identify how the theoretical approach regarding the smart city model has advanced, as well as the new oligopolistic business models in the world, based on digital platforms and the trends that these influence in the lives of people living in cities. It was found that the approach on the model of smart cities has been advancing in recent years, from a technical vision and more focused on the solution of infrastructure services, to a more humanistic

and sustainable concern, which takes into account several dimensions. On the other hand, there was a capitalist appropriation of digital platforms based on new business models, which gave rise to oligopolistic companies operating at a global level, which operate under specific economic logic. It was possible to appreciate three models in the way these large companies operate: (1) companies based on advertising, with free access and use of information given by users; (2) demand-based companies; (3) capitalist platform company based on e-commerce. They tend to centralize the power of decision, analysis and prediction, thanks to the connection of three systems: cloud computing, Big Data and Internet of Things. The big issue has been that Municipalities allow these large companies to enter the smart city environment, without taking due care, to ensure greater security in the management of local data and citizens.

**KEYWORDS:** Smartcities. Digital Technologies. Platform capitalist companies.

## 1 | INTRODUÇÃO

A chamada Revolução Digital, segundo afirma Manuel Castells (2020), já vem fazendo parte da vida normal das pessoas praticamente do mundo inteiro. A comunicação digital, segundo ele, já foi integrada em praticamente todas as áreas, gerando novas forma de relacionamento.

De acordo com Kemp (2020), as pesquisas da organização internacional We are Social (2020) revelam que já são bilhões de pessoas que recorrem aos seus dispositivos móveis, para buscar na internet, mídias sociais e comércio eletrônico, tanto soluções para a vida cotidiana, como para realização de trabalhos em *home office*. Em 2020, os usuários de dispositivos móveis passaram a representar 66% da população mundial. Esses estudos ainda apontaram que em 2020, já se contava com 4,57 bilhões de pessoas fazendo uso da Internet, o que significou um aumento de mais de 7% em relação ao ano de 2019. Os usuários de mídia social, por seu turno, estão crescendo ainda mais rápido, ou seja, mais de 8% em relação a 2019, atingindo 3,81 bilhões em 2020.

As tecnologias digitais, desse modo, se fazem cada vez mais presentes na vida cotidiana das pessoas, especialmente daquelas que vivem nas cidades, além de estar proporcionando profundas transformações nos modelos de negócios. Vive-se, segundo diversos estudiosos, uma era da transformação digital, impulsionada principalmente pela interligação de três sistemas: nuvem, Big Data e Internet das Coisas.

De um lado, essas novas tecnologias digitais vêm mediando as relações socioeconômicas e ambientais, na transformação das cidades, especialmente das grandes metrópoles, favorecendo o surgimento das cidades inteligentes, num esforço de ampliação do bem-estar, do empreendedorismo local, no sentido de torna-las mais inclusivas e dotá-las de maior autonomia e resiliência. De outro, a transformação digital, ao proporcionar novos modelos de negócio, também tem permitido a emergência de empresas capitalistas de plataforma monopolistas de atuação internacional que, de alguma forma, interferem na escala local, em que se organizam as cidades inteligentes.

Para procurar compreender um pouco mais essas transformações que vem,

ocorrendo de forma um tanto acelerada no mundo, seja nas cidades como no mundo dos negócios, o objetivo deste estudo foi identificar como tem avançado a abordagem teórica a respeito do modelo de cidade inteligente, assim como dos novos modelos de negócio oligopolistas no mundo, baseados em plataformas digitais e as tendências de estas influírem na vida das pessoas que vivem nas cidades.

A redação do artigo foi organizada, além da Introdução, metodologia e Considerações Finais, em duas grandes seções. Na primeira, buscou-se apresentar a tendência nos modelos de abordagens sobre as cidades inteligentes, procurando salientar as dimensões contempladas nesse processo. Já a segunda parte foi voltada à compreensão das abordagens sobre os diferentes modelos oligopolistas no mundo das chamadas empresas capitalistas de plataforma.

## **2 | METODOLOGIA**

Trata-se de uma pesquisa do tipo exploratória-descritiva, para a qual se optou por uma pesquisa bibliográfica de suporte, que pudesse proporcionar um aprendizado a respeito do objetivo buscado.

Constou de um levantamento na internet de periódicos nacionais e internacionais, teses, dissertações, livros, relatórios técnicos, artigos em sites relativos ao tema selecionado, mediante uso dos principais termos ligados à temática, assim como selecionando alguns autores e instituições mais relevantes. Para este fim, também se procurou privilegiar as bases de dados com maior credibilidade científica. A ideia foi identificar o que vem sendo publicado e discutido e, assim como a construção de conhecimento nessa temática.

Nesse processo, buscou-se catalogar os documentos encontrados, procurando selecionar aqueles que apresentavam maior aderência à pesquisa. Essa natureza de pesquisa favoreceu, não só a detecção e seleção do material bibliográfico buscado, como a avaliação crítica e as várias tendências sobre o tema investigado. Os resultados da pesquisa não significaram simples transposição de dados obtidos, mas uma tentativa do desvendamento dessas novas realidades e reflexões críticas sobre as mesmas, no sentido de compreendê-las como totalidades complexas e em movimento.

## **3 | CIDADE INTELIGENTE E SUAS DIMENSÕES**

O termo "cidade inteligente", conforme apontam Breux e Diaz (2017), surgiu na década de 1990 e teria ganhado popularidade por meio de grandes empresas do ramo digital, inicialmente da IBM, além de se associar às várias abordagens realizadas sobre as chamadas "cidades do futuro", a exemplo da "cidade digital", "cidade ubíqua", "cidade virtual", "cidade cibernética". Desse modo, segundo esses autores, ainda não existe um consenso a respeito da definição do que seja "cidade inteligente", embora se observe que um pressuposto comum é o de que uma cidade inteligente seja construída por meio de

tecnologias digitais.

Caragliu; Del B e Nijkamp (2011), reconheceram o enfoque dado ao papel das tecnologias digitais dado às infraestruturas urbanas, embora alertem sobre vários estudos focalizados também no papel do capital humano/ educação, do capital social e relacional, vistos como motores do desenvolvimento urbano. Angelidou (2014) também afirma que existem abordagens mais centradas nas tecnologias e meios de comunicação e outras mais focalizadas nas pessoas. Assim, a “cidade inteligente” pode remeter à ideia de cidade permeada por tecnologia, que faz uso de componentes digitais, como também à ideia de uma cidade mais humana, que leva em conta o preparo das pessoas e a melhoria da qualidade de vida.

Entre os autores que se concentram mais nos modelos de cidades inteligentes voltadas a otimizar a produção e melhoria dos serviços urbanos, pode-se citar Weis *et al.* (2015, p. 312- 313), para quem os sistemas inteligentes se voltam:

[...]para o monitoramento e gerenciamento das infraestruturas urbanas e antecipação a acidentes naturais; soluções de colaboração e redes sociais; sistemas integrados para a gestão de ativos; sistemas especializados de atenção à saúde e educação que permitem a interação com os atores por intermédio da internet; sistemas, métodos e práticas para o gerenciamento integrado de serviços de qualquer natureza; sistemas para o tratamento de grandes volumes de dados estruturados e não estruturados; sistemas de georreferenciamento; aplicações inteligentes embarcadas em toda sorte de bens; tecnologias de identificação por radiofrequência e etiquetas digitais colocadas em produtos e cargas, otimizando os processos logísticos e as transações comerciais; sensores e sistemas de inteligência artificial que percebem e respondem rapidamente a eventos ocorridos no mundo físico, desencadeando processos digitais que passam a ter consequências cada vez mais imediatas e significativas no mundo, conectando pessoas, empresas e poder público a qualquer tempo e em qualquer lugar.

Na visão de Weis *et al.* (2015), as cidades digitais caracterizam-se especialmente pela competência na prática de tecnologias de comunicação, agenciando o uso amplo de ferramentas, conteúdos e sistemas de gestão, para satisfazer imperativos do poder público e seus servidores, dos cidadãos e das organizações.

Também para Câmara *et al.* (2006), cidades inteligentes são aquelas com capacidade de conectar de forma inovativa infraestruturas físicas e TIC's, concentrando-se em aspectos sociais, organizacionais e tecnológicos, com a finalidade de aperfeiçoar as condições de sustentabilidade e de qualidade de vida da população.

Parte dos autores pesquisados preferiram dar maior enfoque ao modelo de cidade inteligente mais pautado na sustentabilidade do ambiente urbano e do bem-estar de quem o habita. É o caso de Cury e Marques (2017), para quem as cidades inteligentes são abordadas como uma ponte para o desenvolvimento sustentável. Os recursos digitais usados favorecem o gerenciamento dos recursos ambientais, no sentido de seu reaproveitamento racional e equilibrado, a exemplo da luz, água e do espaço. Para Farias et al. (2011, p.28)

a cidade inteligente implica na “criação de espaços urbanos ambientalmente balanceados, onde as pessoas possam trabalhar e ter suas necessidades e desejos razoavelmente satisfeitos no tocante aos serviços oferecidos pela infraestrutura urbana”.

Também tem ocorrido um esforço reflexivo por parte de outros autores na compreensão das dinâmicas coletivas envolvidas na efetivação do modelo de arquitetura de cidade inteligente, com o suporte das tecnologias digitais.

Na abordagem de Komninos (2006), as cidades inteligentes se consolidam na composição de três modelos de inteligência: humana, coletiva e artificial. A dimensão humana abrange um conjunto de capacidades e atividades das pessoas, que resulta em elevada intensidade de conhecimentos, para o qual cada pessoa contribui com capacidades, ideias e atividades específicas. A dimensão coletiva, por seu turno, diz respeito à inteligência grupal, fruto de esforços combinados entre pessoas, empresas e as instituições de ensino. Já a inteligência artificial se refere aos espaços digitais de comunicação, constituídos pelas redes e aplicativos digitais, estabelecidas em bairros, parques e / ou polos tecnológicos, regiões ou *clusters*.

Komninos (2006) identifica uma arquitetura da cidade inteligente, constituída de três níveis integrados e complementares entre si (físico, institucional e digital), com quatro funções decorrentes dessa integração complementar.

O primeiro nível, de natureza física, diz respeito ao espaço urbano de onde emerge a classe criativa de pessoas conhecedoras e talentosas, por meio de processos de cooperação e intercâmbio de conhecimentos, facilitados por proximidade física. Nele também se manifestam os espaços de trabalho, sob forma de *clusters* inovadores da cidade, mediante cooperação e intercâmbio entre produtores, fornecedores, prestadores de serviços e aqueles que produzem conhecimento.

O segundo nível, de natureza institucional, é formado pelos mecanismos institucionais, que respondem pela regulação dos fluxos de conhecimento, assim como pela cooperação geradora de aprendizagem e inovação. As instituições desse nível fomentam a inovação e administram os mecanismos intangíveis de capital social e inteligência coletiva.

Já o terceiro nível, de natureza digital, ou seja, o ambiente de inovação virtual, no qual interagem tecnologias de informação, infraestruturas de comunicação, ferramentas digitais e espaços de aprendizagem, numa estreita ligação entre as organizações e as instituições que regulam o conhecimento e a inovação. Nele se manifestam a inteligência de mercado e tecnologia, a transferência de tecnologia, a criação de *spin-off*,<sup>1</sup> desenvolvimento de novos produtos colaborativos e inovação de processos.

Dessa integração, emerge na cidade inteligente quatro funções básicas: (1) a da inteligência estratégica coletiva, fruto da ação combinada de um grupo de pessoas, de uma comunidade ou de um *cluster* de negócios, que compartilham informações e a avaliam coletivamente, podendo se aperfeiçoar por meio de plataformas digitais; (2) a da

<sup>1</sup> *Spin-off* significa desenvolver ou aperfeiçoar algo que já foi criado.

transferência de tecnologia, que envolve tanto a transferência de conhecimento, a exemplo do P&D para outras organizações (P&D cooperativo e *spin-offs*), como a transferência de direitos de propriedade intelectual por meio de acordos de licenciamento, transferências essas que também podem ser realizadas por meio de plataformas digitais; (3) a da inovação colaborativa, fruto de um esforço conjunto, por meio das redes de interação, seja na combinação de conhecimentos, papéis e habilidades em comunidades científicas, seja no fluxo de informações entre fornecedores, produtores e clientes que levam a determinados produtos, interações que podem se manifestar também por meio de plataformas digitais (4) a da promoção de *clusters* e localidades, quando facilitadas pelo comércio eletrônico, sendo considerada pelo autor como uma das principais funções, necessária para o funcionamento e otimização das cadeias de suprimento em caso de produtos e serviços que emergem dos *clusters* ou das localidades, ao facilitar, aprimorar e reduzir custos de transação.

Nessa arquitetura da cidade inteligente, segundo Komninos (2006), a inteligência criativa depende de fatores humanos e institucionais, sendo facilitada pelos espaços digitais e suas ferramentas especializadas.

Estudos realizados por uma demanda do *European Parliament* (2014) na União Européia deram origem a um modelo europeu de cidade inteligente, cujo desempenho depende de seis campos-chave do desenvolvimento urbano: economia inteligente, população inteligente, governança inteligente, mobilidade inteligente, ambiente inteligente e vida inteligente, cujas principais características aparecem descritas no quadro 1. Nesse modelo da União Europeia, a inteligência da cidade não é abordada apenas do ponto de vista econômico, mas também da qualidade de vida em termos de mobilidade, ambiente natural e construído, da inclusão social com acesso à educação e à formação continuada, do estilo de vida saudável com forte coesão social. Além do sucesso econômico, se busca uma inteligência voltada a criar uma cidade sustentável e um lugar para se bem viver (Quadro 1)

Dimensão	Características
Economia inteligente	Caracterizada pelo espírito empreendedor e inovador, produtividade, mercado trabalho garantido, que atua por meio de <i>clusters</i> e ecossistemas, mantendo fluxos de de interconexão local e global.
População inteligente	Tem acesso à educação e à formação continuada, numa sociedade inclusiva, que melhora a criatividade e fomenta a inovação.
Governança inteligente	Integra organizações privadas e civis, assim como mantém uma integração com outras cidades e até links nacionais e internacionais, praticando a transparência e dados abertos por meio de tecnologias digitais.
Mobilidade inteligente	É caracterizada por sistemas de transporte sustentáveis seguros e interconectados, logística com apoio de dados digitais, priorizando opções limpas e nem sempre motorizadas.

<b>Ambiente inteligente</b>	Inclui energia inteligente, energias renováveis, redes de energia habilitadas para tecnologias digitais, medição, controle e monitoramento de poluição, edifícios verdes, planejamento urbano verde, eficiência no uso dos recursos.
<b>Vida inteligente</b>	Diz respeito a estilos de vida, comportamento e consumo baseados em tecnologias digitais, mediante prática de uma vida mais saudável e segura, com cultura vibrante, habitação e acomodação de boa qualidade, além de altos níveis de coesão social e capital social.

Quadro 1- Seis dimensões da cidade inteligente

Fonte: European Parliament, 2014

Observa-se que, de um lado, vem emergindo um esforço ecossistêmico localizado, na escala das cidades, mediados por tecnologias digitais, para dotá-la de uma inteligência capaz de construir por meios inovativos, ambientes cada vez mais democráticos e descentralizados, agradáveis, seguros, sustentáveis e humanizados. De outro, no entanto, verifica-se que estas chamadas cidades inteligentes começam a sofrer interferências de novos modelos de negócio organizados por meio de plataformas digitais que atingiram escalaridade mundial.

As cidades inteligentes vêm sendo construídas segundo as especificidades de seus contextos historicamente construídos. Os maiores desafios no uso de plataformas digitais, têm sido:

[...]interoperabilidade entre os diversos componentes da cidade, garantir a privacidade e a segurança dos cidadãos e sistemas da cidade, gerenciar o armazenamento e o processamento de grandes quantidades de dados, oferecer a escalabilidade necessária para o aumento da população da cidade e lidar com a heterogeneidade de dispositivos como sensores e *smartphones*. (KON e SANTANA, 2016, p.3).

Por outro lado, as empresas capitalistas de plataforma que fazem parte de oligopólios no ambiente internacional e atuam mediante soluções programáveis, vêm promovendo um conjunto de interferências na vida das cidades, dependendo dos modelos de negócio.

## 4 | TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E OS NOVOS MODELOS DE NEGÓCIO

De acordo com o economista alemão Klaus Schwab (2016), que lançou o livro “A Quarta Revolução Industrial” no Fórum Econômico Mundial, se a primeira revolução industrial foi proporcionada pela máquina a vapor e ferrovias, a segunda pela eletricidade e linha de montagem e a terceira pelos computadores e a *internet*, a chamada quarta revolução industrial estaria sendo promovida especialmente pela inteligência artificial, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, armazenamento de energia e computação quântica. O mundo, para ele, está conhecendo uma mudança sistemática e profunda de modelo, marcada pela economia compartilhada, com fortes impactos na economia, sociedade, territórios locais e o próprio

mundo.

Para Gomes e Okano (2019), essas transformações tecnológicas, com a dependência dos dispositivos móveis e aplicativos, têm contribuído para a mudança dos modelos de negócio. As empresas vêm se adaptando às novas tecnologias cada vez mais digitalizadas, utilizando-se de plataformas digitais, por meio das quais interagem os seus proprietários com os fornecedores, produtores e os clientes. O valor, neste caso, deixa de estar centrado no produto que se oferece, sendo obtido por meio dos relacionamentos com os clientes. Ele é obtido, na medida em que se consegue solucionar um problema ou a real necessidade do cliente.

Todas essas mudanças têm contribuído para uma transformação digital, vista por Wade (2015), como sendo uma transformação na melhoria de desempenho, por meio de mudança organizacional baseada no uso de tecnologias digitais, que dá origem a novos modelos de negócio.

Rogers (2016) afirma que, por meio das tecnologias digitais redefinem-se teorias e práticas empresariais, mediadas por estratégias tanto em relação aos clientes e concorrência, como aos dados, inovação e valor. As empresas atuam em rede e passam a manter interações dinâmicas e constantes com o cliente; empresas concorrentes cooperam entre si numa mesma plataforma de negócio; consideram os dados um ativo intangível fundamental; a inovação é conduzida de forma conjunta para resolver os problemas específicos; sendo o valor definido pela necessidade dos usuários.

Segundo a Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (2018), as empresas brasileiras têm se mostrado muito sensíveis às oportunidades que esses modelos de negócio proporcionam, tanto para prospectar novos clientes, como para oferecer e vender produtos e fidelizar clientes. Teria se tornado uma questão de sobrevivência no mercado, inclusive ao pequeno negócio, informando que já havia uma parte significativa de micro e pequenos empreendimentos em 2018 que negociavam seus produtos por meio de plataformas digitais.

#### **4.1 Lógicas das tecnologias de comunicação e de organização da economia de plataforma**

As tecnologias de comunicação na Internet, de acordo com o conhecido pesquisador canadense Marshall McLuhan (1964), citado por Vercellone et al (2020), ao se tornarem ‘meios de comunicação de massa’ são dotadas de quatro lógicas: (1) lógica multilateral, ou seja de “todos para todos” no lugar da lógica anterior de “um para todos”; (2) lógica da interatividade (os dois lados se comunicam), substituindo a anterior mensagem (apenas um lado comunica e o outro recebe); (3) lógica da multiplicação dos pontos emissores da informação com temporalidades mais flexíveis e múltiplas, no lugar do anterior ponto emissor único em um tempo dado; (4) lógica da inteligência coletiva e maior autonomia dos indivíduos, no lugar do anterior mundo hierárquico e separação entre trabalho intelectual e

trabalho manual (modelo fordista).

A economia das empresas de plataforma, de acordo com Vercellone et al (2020), baseia-se em três pilares: (1) um ativo principal intangível, representado por seu algoritmo principal (seu pivô) associado a outros, que lhe confere capacidade de calcular e processar o fluxo de informações produzidas nas redes; (2) uma matéria-prima, também intangível, o Big Data, destinada a organizar e coordenar as ações dos múltiplos atores da plataforma; (3) mau uso do trabalho, seja recorrendo a trabalhadores formalmente independentes, ou transformando trabalho gratuito dos usuários na fonte de produção de dados.

Além disso, as ferramentas de busca e as redes sociais, também de natureza intangível, contribuem para dotar a empresa de uma dimensão transnacional, ficando acima de qualquer tipo de regulação e soberania territorial, muitas vezes implementando políticas agressivas que ainda estão sendo difíceis de combater (VERCELLONE et al, 2020).

## **4.2 Lógica econômica das empresas capitalistas de plataforma**

Na primeira fase de desenvolvimento da Internet, seu potencial seguia uma lógica descentralizada, não mercantil e de baixo para cima. Mas essa situação foi sendo alterada, diante da rápida expansão das plataformas capitalistas, baseada em públicos cada vez mais interativos, suprida por uma massiva quantidade de dados produzidos e registrados, trazidos por bilhões de pessoas operando na Internet, ainda o surgimento de algoritmos cada vez mais poderosos e os processamentos do Big Data (VERCELLONE et al, 2020).

Desse modo, novas lógicas econômicas capitalistas passaram a reger as dinâmicas das empresas de plataforma, especialmente aquelas que se tornaram grandes monopólios da Internet, tais como Google, Apple, Facebook, Microsoft, Amazon, assim como as gigantes chinesas, Tencent e Alibaba, que se diferenciam daquelas relativas ao do modelo do capitalismo industrial.

Chamam atenção neste aspecto, pelo menos as seguintes lógicas: (1) o mercado de dois lados; (2) a lei de Robert Metcalfe; (3) a lei da vantagem do primeiro; (4) lei do vencedor leva tudo.

As empresas que se utilizam de plataformas digitais são regidas por um mercado de dois lados (M2L), assim chamado por Rochet e Tirole (2004), porque a plataforma coloca em contato o vendedor e o comprador nesse modelo de negócio, além de permitir ou facilitar a interação entre esses dois lados, sendo o valor econômico criado por meio dessas interações.

De acordo com a lei de Robert Metcalfe, também chamada de Efeito-de-Rede, o interesse de um usuário, anunciante, ou outro provedor em usar uma plataforma, depende do número de usuários da rede (METCALFE, 2013). Isso significa que o valor da plataforma e a utilidade da rede depende de seu número de usuários. Em função disso, o grande esforço desses novos modelos de negócio, será sempre o de aumentar o número de usuários, visando ampliar sua atratividade.

Segundo a lei da Vantagem-do-Pioneiro, o primeiro que entrar no mercado pode ganhar certas vantagens sobre aqueles subsequentes, o que resulta numa vantagem competitiva (FRAWLEY; FAHY, 2006).

De acordo com a lei do Vencedor-Leva-Tudo, quando uma empresa atinge o status de monopólio, conforme assinalam Vercellone et al (2020), busca proteger e reforçar esta posição, mobilizando todas suas energias para um esforço de inovação, abusando de sua posição dominante para poder alavancar e, ao mesmo tempo, permitir que um grande número de empreendimentos subsistam em determinados nichos de mercado.

A dinâmica competitiva, regida por essas novas lógicas econômicas, segundo Vercellone et al (2020) estrutura-se em três estágios.

No primeiro estágio, a lei da Vantagem-do-Pioneiro se expressa com maior força. A empresa de plataforma pode ganhar primeira posição, em função de uma inovação técnica ou de uma intuição comercial e tentar reforçar essa posição, por vários meios de efeitos de rede. Mas esta fase é temporária.

Num segundo estágio, passa a se manifestar a lei do Vencedor-Leva-Tudo, quando a empresa começa a favorecer o surgimento de uma infinidade de pequenas negócios ou cooperativas que passam a subsistir de determinados nichos de mercado. Mas no seu esforço inovativo, essa empresa monopolista inicia uma política predatória de fusão-aquisição de empreendimentos que lhe permitem avançar nesse processo.

No terceiro estágio, em que a empresa de plataforma monopolista atingiu grande valor, pelo seu ativo intangível, qualquer variação pode arrastá-la numa espiral ascendente ou descendente, especialmente por ela se encontrar num mercado de incertezas. Esse estágio é caracterizado pela instabilidade, mas a empresa se tornou Grande-Demais-para-Cair. Em função disso, a empresa monopolista tende a várias práticas que possibilite ampliar seus usuários, como a do *dumping* (oferece preços abaixo do normal ou gratuidade de alguns serviços), ou da busca de financiamentos para adquirir concorrentes potenciais, passando a uma situação de endividamento e sem lucro.

### **4.3 Modelos dominantes de empresas capitalistas de plataformas**

Entre as empresas capitalistas oligopolistas de plataforma preponderam, de acordo com Vercellant *et al* (2020), três modelos.

Um deles, diz respeito à empresa capitalista de plataforma baseada em publicidade, com acesso gratuito e uso das informações dadas pelos usuários como principais fontes de criação de valor. Os exemplos são *Google* e *Facebook*. Nesse caso, conforme bem alertaram Farchy; Méadel; Sire (2015), a gratuidade do acesso é comercializável, já que o propósito é o de se apropriar da abundância de informações disponibilizadas pelos usuários. Associa-se a essa imensidão de dados possibilidades lucrativas, como publicidade, venda de serviços, entre outros. Combina-se, desse modo o uso massivo de uma mão de obra digital gratuita (os usuários), cumprindo a frase que já se tornou célebre: “se você não

está pagando, você é o produto”. Nesse caso, o consumidor da plataforma atua como seu produtor, daí o nome “prossumidor”, fruto da junção produtor + consumidor.

Um segundo modelo é o da empresa capitalista de plataforma baseada na economia sob demanda, exemplificada pelo *Uber*, *AirBnb*, *Deliveroo*, *Foodora*. Atuam, mediando diretamente na plataforma digital, uma conexão entre os fornecedores dos produtos ou serviços aos usuários, para capturar o máximo de valor agregado. Nesse modelo, a criação de valor vai depender de fornecedores independentes, remunerados por trabalho e por peça. A empresa procura investir o mínimo possível em ativos tangíveis, deixando-os por conta desses fornecedores independentes. Sob um comando hierárquico, os algoritmos dão origem a sistemas programáveis por comandos pré-ordenados na plataforma, que condicionam os comportamentos do trabalhador, reagindo aos sinais recebidos. (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018).

O terceiro modelo apontado por Vercellant et al (2020) é o da empresa capitalista de plataforma baseada no *e-commerce*, em que se intermedia a venda direta de bens tangíveis e intangíveis (híbrida), exemplificada pela *Amazon*. No caso da intermediação entre os fornecedores e consumidores da plataforma de bens tangíveis, a empresa recebe comissões, mantendo uma infinidade de armazéns, mediante uso do trabalho assalariado. Mas também se utiliza do trabalho digital gratuito, por efeito da economia de rede com as informações que consegue acumular e negociar, graças aos serviços de nuvem.

#### **4.4 Tecnologias digitais que atribuem maior centralidade à arquitetura das plataformas**

As tecnologias digitais que atribuem maior centralidade à arquitetura das atuais empresas capitalistas de plataforma, segundo Vercellone et al (2020), têm sido: (1) a ampliação cada vez maior do poder de computação de suas máquinas do computador (computação em nuvem); (2) o crescimento exponencial das informações digitalizadas no Big Data; (3) a alimentação dessas informações por meio da Internet das Coisas. Estes três sistemas, nuvem, Big Data e internet das coisas estão interligados, para facilitar essa centralização dessas empresas oligopolistas.

##### **4.4.1 Computação em nuvem**

A computação em nuvem consiste num espaço particular para arquivamento, processamento e envio de dados feitos à distância. Para este fim, empresas contam com um provedor especializado, cujos serviços são fornecidos via Web, fornecidos por meio de um contrato de terceirização. A computação em nuvem, segundo Sousa, Pereira e Machado (2009), surge da necessidade de construir infraestruturas complexas para armazenagem dos dados. Para isso, a nuvem depende da construção física dos Centros de Dados (*Data Centers*) de diversos portes, que ficam espalhados por vários países e em vários lugares. Estes são definidos por Carnino; Marquet (2018) como locais que concentram

os equipamentos de informática e os dispositivos tecnológicos para alocar os arquivos e processamentos necessários na computação em nuvem. De acordo com Cruchet (2018), estes centros de hospedagem de dados atendem a quatro finalidades: armazenar, processar, *fazer backup* e proteger os dados de uma empresa. Eles necessitam de locais especiais, estratégicos e confidenciais, para poder abrigar o conjunto de equipamentos, com fortes condições de segurança e desempenho.

#### 4.4.2 *Big Data*

O *Big Data* diz respeito às tecnologias digitais utilizadas para o processamento desse grande número de dados armazenados. Implica em processos e técnicas de coleta, armazenamento e processamento dos dados digitais, utilizados principalmente para se tomar decisões e poder agir com os dados. Conforme lembram Kon; Santana (2016), ele contribui para a manipulação de um imenso conjunto de dados.

Segundo Davis (2019), a associação do *Big Data* com a Inteligência Artificial está se tornando a estratégia mais importante para agregar valor aos negócios das empresas capitalistas de plataforma. No processamento, o Aprendizado de Máquina (ramo da Inteligência Artificial) tem servido para ampliar capacidade de identificação de diferenças, reconhecimento de padrões e de detectar detalhes nos mesmos, levando-se em conta até mesmo dados aos quais antes não se tinha acesso (e-mails, apresentações, imagens vídeos). Nesse processo, segundo o autor, existem quatro categorias de análise: (1) análise descritiva, ou seja, o exame histórico dos dados; (2) análise diagnóstica, para identificar padrões e descobrir correlações entre os dados; (3) análise preditiva, ou seja, o uso de dados atuais e históricos para ações preditivas futuras; (4) análise prescritiva, quando aplica regras e modelagem para uma melhor tomada de decisão.

A pesquisadora norte-americana Shoshana Zuboff (2016), vem denunciando essas práticas obsessivas do uso dos dados privativos para prever o comportamento das pessoas em termos de desejos e expectativas, para comercializar essas informações, como manifestação de um “capitalismo de vigilância”. De todo modo, Vercellone *et al* (2020) alertam que, muitos dos algoritmos utilizados estão errados. Assim, não se deve concluir apressadamente que estes procedimentos das empresas capitalistas oligopolistas signifiquem uma forma de governo inteiramente calculável e previsível.

#### 4.4.3 *Internet das Coisas*

Nos dias atuais, não são apenas os computadores que se apresentam conectados à internet, mas um grande conjunto heterogêneo de objetos físicos, entre eles, o smartphones, *laptops*, aparelhos de televisão, eletrodomésticos, câmeras, caixas eletrônicos, controles remotos, automóveis, sensores utilizados em saúde (temperatura entre outros. Sundamaeker *et al* (2010), segundo o *Cluster of European Research Projects on IoT*, define “coisas” para

todos esses objetos que entram na rede e permitem a comunicação e interação, seja com outros elementos da rede e com o ambiente, sendo que os dados podem ser enviados para as plataformas ou para aplicativos.

Esses objetos que viabilizam o acesso, coleta e troca de informações entre si, com serviços da internet e entre pessoas compõem a rede, chamada de Internet das Coisas (MANCINI, 2020). A rede mundial desses dispositivos conectados à internet e interoperáveis, em acordo a determinados protocolos padrões de comunicação, segundo Sundmaeker *et al* (2010), constitui a Internet das Coisas.

Conforme assinalam Vercellone *et al* (2020), se anteriormente as conexões pela Internet eram feitas entre as pessoas, por meio de um computador pessoal, atualmente, por meio da Internet das Coisas, está sendo possível a conexão entre homens e máquinas e entre máquinas e máquinas. Tais objetos do mundo real são conectados ao mundo virtual, em qualquer momento e de qualquer lugar, para qualquer coisa e para qualquer pessoa. A Internet das Coisas funde o mundo digital e o mundo físico juntando diferentes conceitos e componentes técnicos (SUNDMAEKER *et al.*, 2010).

A Internet das Coisas tornou-se a principal geradora de informações armazenadas e processadas pelos Big Data, ajudando o processo de centralização iniciado pelas empresas de plataforma oligopolistas. Ela permite não só transformar, automatizar e acelerar processos, como poder usar melhor os recursos, melhorar a produtividade e os produtos (VERCELLONE *et al*, 2020). Traz benefícios empresariais tangíveis, segundo Sundmaeker *et al* (2010), como a gestão de ativos e produtos de alta resolução, o gerenciamento melhorado do ciclo de vida e uma melhor colaboração entre as empresas. O aprimoramento dos recursos do sensor e do dispositivo também permitem que alguns processos de negócios existentes sejam descentralizados em benefício do desempenho, escalabilidade e tomada de decisões.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como negar que a mediação das tecnologias digitais, especialmente, a integração entre vários sistemas na Internet está proporcionando uma mudança disruptiva na vida cotidiana das cidades e nos novos modelos de negócio.

Mas, como se pôde verificar, a mediação dessas novas tecnologias digitais pode proporcionar um conjunto de benefícios socioeconômicos e ambientais nos territórios das cidades, por meio de canais abertos e descentralizados. No entanto, quando o Estado aceita a interferência da governança pelos algoritmos dessas grandes empresas oligopolistas, sem os devidos cuidados, corre o risco de contar com efeitos indesejáveis. Entre outros, como se pôde constatar, estão a segurança dos dados privativos dos cidadãos e a precarização do trabalho, frente aos mecanismos de predição e detecção automatizadas.

Torna-se cada vez mais fundamental que o Município adote ferramentas digitais de

gerenciamento aberto dos dados, cujas inovações se baseiem não só na participação do setor privado e das instituições de ciência e tecnologia, como também e principalmente na participação democrática dos cidadãos, pautada na transparência dos dados gerados e na proteção dos mesmos.

## REFERÊNCIAS

ANGELIDOU, M. Smart city policies: a spatial approach. **Cities**, 41, 2014. p. 3-11.

BREUX, S. ; DIAZ, J. **La ville intelligente** : origine, définitions, forces et limites d'une expression polysémique. Institut national de la Recherche Scientifique Centre - Urbanisation Culture Société. Montréal, 2017.

CÂMARA, S. F.; CARVALHO, H. J.B.; SILVA, F.A.A.; SOUZA, L.L.F; SOUZA, E.M. Cidades inteligentes no nordeste brasileiro: análise das dimensões de trajetória e a contribuição da população. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, São Paulo, v. 21, n. 69, Maio/Ago. 2016.

CARNINO G.; MARQUET C. Les datacenters enfoncent le cloud : enjeux politiques et Impacts environnementaux d'internet. **Zinsel : Science Technique, Société**, n. 1 (vol.3), 2018. p. 19-62.

CASTELLS, M. **O digital é o novo normal**. Fronteiras: sociedade e tecnologia, 2020. Disponível em <https://www.fronteiras.com/artigos/o-digital-e-o-novo-normal> Acesso em 26 ago 2020.

CARAGLIU, A; DEL BO, C.; NIJIKAMO, P. Smart Cities in Europa. **Journal of Urban Technologique**, 2011. p. 65-82

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS DIRIGENTES LOJISTAS. **Uso da tecnologia e internet para aumentar vendas das micro e pequenas empresas**, abril, 2018.

CRUCHET, M. **Les datacenters** : des enjeux économiques et environnementaux. Cell'i, outubro de 2018.

CURY, M.J.F.; MARQUES, J.A.L.F. A cidade inteligente: uma reterritorialização. **Redes** - Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, v. 22, n. 1, janeiro-abril, 2017.

DAVIS, N. **Artificial Intelligence and Big Data**: a power combination for future growth. Singularity University, março de 2019.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Mapping Smart Cities in the UE**. Directorate General for Internal Policies, 2014. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies> Acesso em 2 de outubro de 2020.

FARIAS, J.E.P. de; ALENCAR, M. S.; LIMA, Í.A.; ALENCAR, R. T. Cidades Inteligentes e Comunicações. **Revista de tecnologia da informação e comunicação**, nº 1, outubro, 2011.

FARCHY, J. ; MEADEL, C.; SIRE, G. **La gratuité, à quel prix ?** circulation et échange de biens culturels sur internet. Paris : Presse des Mines de Paris, 2015,

FRAWLEY; T FAHY, J. Revisiting the first-mover advantage theory: a resource-based view perspective. **The Irish Journal of Management**. Vol. 33, No. 1, 2006. p. 273-295.

GOMES, J.G.C.; OKANO, M.T. Plataformas digitais como modelos de negócio: uma pesquisa exploratória, SADSJ – South American. **Development Society Journal**, (Vol.5), N.13, 2019. p. 232-254

KEMP, S. **Digital around the world in April 2020**. *We are Social*, 2020. Disponível em <https://wearesocial.com/blog/2020/04/digital-around-the-world-in-april-2020> Acesso em 26 ago 2020.

KOMNINOS, N. The architecture of intelligent cities: integrating human, collective, and artificial intelligence to enhance knowledge and innovation. **2nd International Conference on Intelligent Environments**, Institution of Engineering and Technology, Athens, 5-6 de julho, 2006.

KON, F.; SANTANA, F. Z. **Cidades Inteligentes: Conceitos, Plataformas e desafios**. JAI - Jornada de Atualização em Informática. CSBC, 2016. Disponível em <http://interscity.org/assets/JAI2016-CidadesInteligentes.pdf>. Acesso em 3 de outubro de 2020.

MANCINI, M. **Internet das Coisas: história, conceitos, aplicações e desafios**. MM Project, 2020. Disponível em <http://mmproject.com.br/download/historia-conceitos-aplicacoes-e-desafios/>. Acesso em 2 de outubro de 2020.

METCALFE B. Metcalfe's law after 40 year of Ethernet, **IEEE Computer**, v. 46, n. 12, dez. 2013. p. 26-31.

OITAVEN, J.C.C; CARELLI, L.L; CASAGRANDE, C.L. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego**: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Ministério Público do Trabalho, Brasília, 2018.

ROCHET, J.C; TIROLE, J. **Two-Sided Markets: an overview**. IDEI, University of Toulouse, 2004.

ROGERS, D. L. **The Digital Transformation Playbook: Rethink your Business for the Digital Age**. New York: Columbia University Press, 2016

SCHWAB, K. **Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, World Economic Forum, 2016.

SOUSA, F.R.; MOREIRA, L.O; MACHADO, J.C. **Computação em Nuvem: conceitos, tecnologias, aplicações e desafios**. III Escola Regional de Computação Ceará, Maranhão e Piauí (Ercemapi). Teresina, 2009.

VERCELLONE, C *et al.* **Data driven disruptive commons-based models**. DEcentralised Citizens Owned Data Ecosystem (DECODE), 2020.

WADE, M. Digital Business Transformation. IMD and Cisco. **Working Paper**, junho, 2017. p. 1-16.

ZUBOFF, S. **Secrets of Surveillance Capitalism**. Franfurter Allgemeine, 2016.

## (H)Á DIFERENÇA NA VALORAÇÃO DA CULPA DE QUEM APENAS DISPONIBILIZA INFORMAÇÃO INVERIDICA NO AMBIENTE VIRTUAL?

*Data de aceite:* 01/03/2022

*Data de submissão:* 10/01/2022

**Natércia Daniela Alfien**

<https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-3198-9117>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo principal desvendar qual a parcela de culpa do provedor de internet, ou seja, dos sites de pesquisa quando se trata de publicações nas redes sociais que oferecem danos da espécie morais a terceiros. Como objetivos específicos confrontar e sopesar direitos fundamentais, tais como liberdade de expressão, honra e dignidade da pessoa humana em publicações nas redes sociais tendo em vista o grande número de usuários e a velocidade com que as publicações se propagam neste ambiente. Além disso, demonstrar quando tais publicações ofensivas ensejam danos morais e matérias e quando devem ser reparadas das mais diversas formas. As redes sociais são cada vez mais populares, ainda mais em tempos de pandemia, onde o convívio presencial e afetivo está por ora impedido, a tão falada aglomeração, é nas redes sociais que a sociedade se “encontra” para discutir os mais diversos assuntos e basta um clique para estes se tornarem polêmicos, ou melhor alguns cliques para serem replicados, compartilhados e se multiplicarem em pouco tempo. Destaca-se que para responder os questionamentos e hipóteses apresentadas

utilizou-se o método dialético na presente pesquisa, de modo que observou-se uma análise comparativa entre legislação, jurisprudência, doutrinas e os direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Confronto de direitos fundamentais; danos morais; provedor de internet; redes sociais; usuários;

### IS THE DIFFERENCE IN THE VALUE OF THE GUILT OF WHOM ONLY PROVIDES INTRUE INFORMATION IN THE VIRTUAL ENVIRONMENT?

**ABSTRACT:** The main objective of this work is to unveil what is the fault of the internet provider, that is, of the research sites when it comes to publications on social networks that offer moral damages to third parties. As specific objectives, confront and weigh fundamental rights, such as freedom of expression, honor and dignity of the human person in publications on social networks, considering the large number of users and the speed with which publications are propagated in this environment. In addition, demonstrate when such offensive publications give rise to moral and material damages and when they must be repaired in different ways. Social networks are increasingly popular, especially in times of pandemic, where face-to-face and affective interaction is currently impeded, the so-called agglomeration, it is in social networks that society “meets” to discuss the most diverse issues and it only takes a click for them to become controversial, or rather a few clicks to be replicated, shared and multiply in a short time. It is noteworthy that to answer the questions and hypotheses presented, the dialectical method was used in this research, so

that a comparative analysis was observed between legislation, jurisprudence, doctrines and fundamental rights.

**KEYWORDS:** Confrontation of fundamental rights; moral damages; internet provider; social networks; users.

A história democrática no Brasil é recente, e isso não é novidade para os cidadãos que aqui residem, o fato é que a liberdade de ser quem, como e quando quisermos, gostar ou não de algo, é um dos valores mais aclamados da deste sistema.

Dentre estes valores estão a livre manifestação de pensamento e a liberdade de expressão, os quais inclusive são direitos preservados pela Constituição Federal promulgada no ano de 1988. Ademais, os chamados direitos fundamentais, dentre eles os acima mencionados foram um dos propósitos constitucionais que estabeleceram de maneira determinante a implantação do sistema democrático no país.

Assim, conforme artigo 5º, IV da Constituição Federal somos livres para manifestar nosso pensamento, portanto este é considerado um direito legítimo. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Diante de tais previsões constitucionais, o questionamento que se faz é até onde vai o limite da liberdade de expressão? Apesar de estar expresso na Lei Maior, a liberdade de expressão não é direito absoluto, ou seja, tem diferença entre o exercício e o abuso da liberdade de expressão. E esse último acontece quando há calúnia, injúria e difamação.

O fato é que o abuso da liberdade de expressão deve ser combatido e por isso não pode ser tolerado. Nesse sentido, é importante destacar que o artigo 13, § 5º do Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), afasta a proteção da liberdade de manifestação do pensamento, *in verbis*: [...] toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Desta maneira a liberdade de expressão deve respeitar outras garantias constitucionais e demais normativas brasileiras.

A lei 12.965 prevê a liberdade de expressão na mesma maneira que responsabiliza àqueles que disseminam informações inverídicas ou caluniosas, expressas nos incisos I e III do artigo 3º do Marco Civil da Internet. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

Então, o cidadão pode se afirmar que você é livre para manifestar sua opinião desde que essa não seja racista, homofóbica, ou ofenda qualquer ser humano. Assim,

quando aquilo que foi dito, ou escrito tem o potencial e intensão de causar danos a terceiros ultrapassou-se o limite da liberdade de expressão.

Importante destacar que as regras mencionadas anteriormente não sofrem alterações se houver mudança do ambiente real para o virtual, sendo assim, se o indivíduo está discutindo um assunto com outra pessoa ao vivo ou on-line deve estar sujeita as mesmas regras.

Isto posto, salienta-se o voto do ministro Celso de Mello no Embargos de declaração no recurso ordinário com agravo 891.647 São Paulo, sendo que o processo de origem era na queixa-crime condenando uma jornalista pelo delito de injúria (CP, art.140), no qual houve ocorrência do abuso no exercício da liberdade de opinião.

O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre “*a posteriori*”, a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil.

Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão. (BRASIL, 1940)

O trecho acima revela de maneira sucinta que a liberdade de expressão não tem caráter absoluto, como também não possui maior valor do que outros preceitos e direitos constitucionais. O voto do então ministro é claro em dizer que a liberdade de expressão não pode ser garantia que se sobrepõe, ou melhor que não condenaria por outros crimes os quais ficariam protegidos pela liberdade de expressão.

Muitos dos internautas ou usuários das redes sociais pensam que internet é uma terra sem lei que basta criar um perfil falso para manifestar seu ponto de vista que atrás da tela do computador ou embaixo do véu da tecnologia ninguém saberá de quem se trata, e, portanto, estará livre de julgamentos civis, criminais e morais no sistema jurídico brasileiro.

Engano seu, a justiça tem meios tecnológicos para saber de qual computador foi difundida tal opinião e assim descobrir quem foi o internauta autor para que este possa ser responsabilizado e punido nos termos da lei.

A lei 12.965/14, a chamada Marco Civil da Internet também garante a revelação sobre de quem se trata os perfis falsos de quem dissemina opiniões ofensivas.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet;

Assim sendo, quando há ofensa deve haver “quebra de sigilo” para descobrir quem

foi o ofensor.

Destaca-se que os preceitos legais do ordenamento jurídico brasileiro que garantem a reparação por dano moral utilizados para aqueles que divulgam matérias ofensivas nas redes sociais são os artigos 186, 187 e 927 do Código de Processo Civil, *in verbis*.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002)

Os artigos de lei supramencionados são base para a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, as quais garante culpar e punir (de forma pecuniária) quem causou o dano, e, portanto, quem ofendeu outra pessoa nas redes sociais.

Um privilégio, neste caso visto como um problema é que a internet/redes sociais não possuem fronteiras, o que possibilita disseminar uma informação de maneira muito rápida quando há compartilhamento da informação divulgada por meio de um clique. E qualquer pessoa com acesso à internet e as redes sociais mais comuns como *facebook*, *instagram* e *twiter* pode ter acesso a tal informação.

É possível disseminar uma informação nas redes sociais de maneira muito rápida, por exemplo no *facebook*, é possível quem faz a publicação controlar quem tem acesso a tal informação, se serão todos os amigos ou todo o público. Se o usuário colocar a publicação no modo público esse conteúdo pode ser compartilhado e desta forma todos os amigos da pessoa que compartilha terão acesso aquela informação.

Então, quando publicam uma matéria falsa ou alguém ofende outra pessoa a repercussão pode se tornar gigantesca, deste modo, acarretaram muitos problemas ao direito, pois este tem que trazer solução para o fato e principalmente conter os causadores do prejuízo que praticaram a publicação de postagens com conteúdo injurioso, difamatório, calunioso ou inverídico que causaram grave lesão ao direito do indivíduo, o que viola direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal.

Neste contexto, destaca-se o julgado abaixo é um exemplo onde há divergências de princípios constitucionais (liberdade de expressão dignidade da pessoa humana).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. [...] **A utilização da imagem/nome de pessoa, pública ou não, como se ela fosse, para a realização de atos ou comentários que possam denegrir/prejudicar sua honra e dignidade ofende aos Princípios da Legalidade, da Dignidade da Pessoa Humana, da Vedação ao Anonimato. Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada, quais sejam, a verossimilhança das alegações do autor e a existência da prova inequívoca de seu direito é de rigor o seu**

**deferimento.** Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TJ-CE - Agravo de Instrumento AI 06246240320158060000 CE 0624624-03.2015.8.06.0000 (TJ-CE) - Data de publicação: 04/11/2015). (Grifo nosso)

Neste caso ficou evidente que houve violação de direitos da vítima e o causador do dano ficou obrigado a reparar-la, bem como a retirar a publicação do *facebook* de forma imediata

O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal assegura a proteção da intimidade, a vida privada a honra e a imagem, bem como garante indenização por dano moral e material para quem violar esses princípios constitucionais.

Quando se trata de redes sociais é necessário agir rápido para retirar a publicação aos olhos do público que pode compartilhar e replicar sua repercussão, o artigo 20 do Código de Processo Civil garante que é possível proibir a publicação a requerimento da parte prejudicada a divulgação de imagem indevida e a transmissão de palavras sem prejuízo da indenização que tenha violado a honra a boa fama ou a respeitabilidade, ou que atribuíssem valor comercial.

O principal objetivo é retirar o mais rápido possível a publicação do ambiente virtual para que a mesma pare de ser compartilhada e multiplicada permitindo que cada vez mais pessoas tenham acesso, o que amplifica as proporções dos danos que uma mera informação falaciosa, impulsionada por internautas pode causar.

O fato é que quem compartilha uma publicação sem ter conhecimento se esta é verdadeira ou não tem tanta culpa como quem fez a primeira publicação e por isso deve ser responsabilizado civil e penalmente.

Indubitavelmente que muitos dos usuários no meio virtual não possuem noção da magnitude das redes e mídias sociais e talvez quem replicou a informação seja muito mais “popular” na mídia virtual do de quem fez a primeira e por isso sofre mais visualizações, comentários, polêmica e, conseqüentemente, maior dano.

Desta forma, se a imagem ou as palavras proferidas na rede prejudicarem a vítima a ponto de gerar prejuízo moral e desabonador de sua conduta, bem como atingir a esfera pecuniária de por exemplo perder um emprego ou tiver que mudar de cidade esse fato é sim passível de indenização por danos morais como já citado.

Porém, a culpa de quem de quem replica a informação falsa se difere da responsabilidade do provedor de internet, que apenas fornece a informação quando um usuário pesquisa no seu principal site de pesquisa.

Desta forma a culpabilidade pelo dano moral neste caso deve ser pago pelo causador do dano e não é possível responsabilizar o provedor da pesquisa na internet, nesse mesmo sentido é a jurisprudência.

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE.

RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. [...] 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.

**6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação do conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.**

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido. (Grifo nosso)

Desta maneira pode se dizer que a o provedor de internet apenas disponibiliza o acesso a informação respeitando o preceito constitucional previsto no artigo 5º, inciso XIV, da Carta Magna no ordenamento jurídico nacional, e por isso não pode sofrer condenação pecuniária por danos morais que uma publicação virtual que tenha causado prejuízos morais e matérias a outrem.

Da mesma forma que liberdade de expressão e manifestação de opinião são direitos constitucionais a proteção da intimidade, a vida privada a honra e a imagem também estão previstos na Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro e devem ser respeitados, seja no ambiente real ou virtual. Assim, a culpabilidade e, portanto, responsabilidade civil de quem pública ou replica informações falsas ou ofensas na internet é diferente de quem apenas permite acesso a informação, o provedor de internet.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Lei 10.406/02. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm). Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Lei 12.965/14. **Marco Civil da Internet**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Lei 2.848/1940. **Código Penal Brasileiro de 1940**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 26 de junho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Inteiro Teor). Recurso Especial 1.316.921/RJ. Recorrente: Google Brasil Internet LTD. Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 24 jun. 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201103079096&dt\\_publicacao=29/06/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012). Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 891.647/SP. Embargante: Paulo Henrique do Santos Amorim. Embargado: Merval Soares Pereira Filho. Relator: Min. Celso de Mello, em 15 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9412755>. Acesso em: 26 jun. 2021.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 1969 (**PACTO SAN JOSÉ DA COSTA RICA**). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 26 jun. 2021.

## O ACESSO À JUSTIÇA: “JUÍZO 100% DIGITAL” E OS DESAFIOS NO INTERIOR DO AMAZONAS

*Data de aceite: 01/03/2022*

### **Rayssa Lopes da Silva Tavares**

Discente do Curso de Pós-graduação em Processo Civil pela Universidade Federal do Amazonas-UFAM. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas-UEA.  
Advogada

**RESUMO:** O estudo analisa a política judiciária do “Juízo 100% digital” promovida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, buscando garantir o direito constitucional do acesso à justiça, por meio das ferramentas tecnológicas no Brasil. Buscou-se investigar se essa política judiciária atende aos objetivos propostos, de acesso à justiça efetivo, tendo em vista a deficiência estrutural quanto à prestação de serviço de internet no Estado do Amazonas. O texto seguiu a vertente jurídico-sociológica e utilizou o método crítico. Os problemas estruturais de falta de internet de qualidade prejudicam a implementação do juízo 100% digital no interior do estado do Amazonas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à justiça; Juízo 100% digital; Internet no interior do Amazonas.

### **ACCESS TO JUSTICE: “100% DIGITAL COURT” CHALLENGES IN COUNTRYSIDES CITIES OF AMAZONAS’S STATE**

**ABSTRACT:** The study analyzes the judicial policy “100% digital court” promoted by the

National Council of Justice – CNJ, seeking to guarantee the constitutional right of access to justice, through technological tools in Brazil. We sought to investigate whether this judicial policy meets the proposed objectives of effective access to justice, in view of the structural deficiency regarding the provision of internet services in the State of Amazonas. The text followed the legal-sociology approach and used the critical method. The structural problems of lack of quality internet hinder the implementation of the 100% judgment in the interior of Amazonas’s state.

**KEYWORDS:** Access to justice; “100% digital court”; Use of internet.

### **1 | INTRODUÇÃO<sup>1</sup>**

O relatório da 15ª edição da pesquisa TIC Domicílios demonstra que o acesso à Internet cresce no país, porém apresenta desigualdades entre os diferentes grupos da sociedade, além de evidenciar “as diferenças de acesso à Internet antes tão marcantes entre os domicílios das diferentes regiões se atenuaram, o que redefine a emergência de novos desafios para a inclusão digital, em especial a forma do acesso às Tecnologias de Informação e Comunicação - TIC pelos brasileiros” (TIC DOMICÍLIOS, 2020).

Concomitante a isso, verifica-se que o Judiciário tem implementado políticas judiciárias como o “Juízo 100% digital”<sup>2</sup>, estabelecido pelo

1 Trabalho elaborado na disciplina de metodologia jurídica, ministrada pela professora Dorinethe dos Santos Bentes no curso de Pós-graduação em Processo Civil da Universidade Federal do Amazonas-UFAM.

2 Disciplinado pela Resolução N° 378 de 09/03/2021 que alterou a Resolução n° 345 de 09/10/2020.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução nº 345/2020, motivo pelo qual o presente estudo tem como enfoque o exame dessa importante política administrativa, confrontando com os entraves de precariedade de internet no interior do Amazonas, questionando-se se essa política judiciária atende aos seus objetivos, dentre os quais, o atendimento ao grupo social que não tem ou tem grande dificuldade de acesso à internet.

O método a ser utilizado é a teoria crítica, uma vez que se voltou a um contexto amplo do “acesso à justiça” e da precariedade do acesso à internet nos municípios Amazonas. Quanto aos meios, a pesquisa é bibliográfica, em vista das consultas à legislação e literatura jurídica. Sendo, quanto aos fins, qualitativa.

A possível hipótese relaciona-se com a ausência de políticas específicas voltadas à região Norte, especialmente o interior do Estado do Amazonas, caracterizados pelos desafios de acesso e de estruturas, como a ineficiência na prestação de serviços de telefonia e banda larga, que inviabilizam o acesso à internet e, por via de consequência, a implementação das políticas judiciárias, que ficam à margem ao modelo constitucional do processo.

Para tanto, no primeiro momento evidencia-se as concepções do modelo constitucional do Processo a partir do acesso à justiça efetivo e justo; após, adentra-se nos aspectos da política do Juízo 100% digital; seguindo pelo marco civil da Internet versus a realidade da exclusão digital; para então, elencar alguns dos desafios no interior do Estado do Amazonas para implementação do Juízo 100% digital.

## **2 | ACESSO À JUSTIÇA**

O acesso à justiça, após a promulgação da Carta Magna, amplia-se ainda mais o seu alcance, à medida que possibilita o acesso aos órgãos judiciais já existentes e viabiliza o acesso a uma ordem jurídica justa. Isso significa que o acesso à justiça é algo além do acesso a mecanismos de resolução de conflitos; na verdade, é o pleno acesso aos direitos que integram essa ordem jurídica específica (WATANABE, 2019, p. 3). Nessa perspectiva, faz-se necessária a abordagem quanto a esse viés, a partir do modelo constitucional do processo, segundo o qual deve permear o direito processual e apresentar respostas as deficiências estruturais presentes no acesso à justiça de forma efetiva e de qualidade.

### **2.1 Modelo Constitucional do Processo pelo acesso à justiça efetivo e justo**

O isolamento social causado pela pandemia da Covid-19 foi um marco no processo da transformação digital para a prestação dos serviços jurisdicionais, tendo em vista que o Poder Judiciário desde então acelerou a implementação de mecanismos inovadores na Justiça brasileira, os quais buscam concretizar o princípio constitucional de amplo acesso à Justiça, constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e do art. 3º do Código de Processo Civil.

Entretanto, deve-se atentar para as demandas reprimidas, daqueles que não têm

condições materiais ou a capacidade técnica para obter a tecnologia na busca do acesso à justiça (SANTOS, 2007). E é nesse sentido que a literatura jurídica ensina que o processo deve ser analisado e instrumentalizado em consonância a Constituição de 1988, garantindo os direitos fundamentais numa ordem jurídica justa (WATANABE, 2019).

O acesso à justiça como direito fundamental basilar não pode ser compreendido apenas como um direito individual, mas que abrange também o ponto de vista estrutural do processo para garantir “a impessoalidade e a permanência da jurisdição; a da independência dos juízes; a da motivação das decisões; a do respeito ao contraditório participativo e a da inexistência de obstáculos ilegítimos”, segundo ensina Theodoro Júnior (2019, p. 134).

Essa inexistência de obstáculos ilegítimos e a efetividade qualitativa do direito em tela devem ser vistas dentro do contexto da sua eficiência na transformação virtual do processo a partir da implementação das políticas judiciárias, pois o acesso à justiça possui duas faces, aquela exercida individualmente e, outra, em escala estrutural, dependentes do sistema de justiça em si para possibilitar esse acesso.

Com efeito, o princípio do acesso à justiça como direito fundamental deve assegurar ao cidadão o direito ao acesso do sistema jurídico nacional e internacional, visando garantir a efetividade dos direitos humanos e sociais (ORSINI, 2020). Sendo certo que, segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 12-13), se trata de um requisito fundamental, aquele “mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário” no qual se busca garantir e não somente “proclamar os direitos de todos.”

Portanto, é nesse caminho que o direito fundamental se alinha a todo o Sistema de Justiça com o escopo de que o direito processual civil materialize o direito de acesso à justiça, porém agora diante de um cenário no qual a dinâmica das relações e comunicações perpassa pelo acesso à internet, como direito humano universal.

## **2.2 Política judiciária: “Juízo 100% digital”**

Alinhado com as mudanças sociais evidenciadas pela pandemia causada pela Covid- 19, o Poder Judiciário, por iniciativa do CNJ, criou o “Programa Justiça 4.0<sup>3</sup> – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos”, cujo busca promover o acesso à Justiça a partir de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial (Resolução nº 385 de 2021).

O “Juízo 100% Digital” foi criado por meio da Resolução nº 345/2020<sup>4</sup>, do CNJ, normativa que estabelece as providências a serem adotadas pelos tribunais brasileiros e seu modo de implementação, destacando-se a necessidade de observância dos princípios que regem a legislação processual civil, consistindo na possibilidade que todo o curso processual ocorra mediante a utilização dos meios eletrônicos, possuindo seus dilemas.

Com a adoção do “Juízo 100% digital”, que é facultativo, intensifica-se a revolução

3 Disciplinado pela Resolução Nº 398 de 09/06/2021 que alterou a Resolução n. 385/2021.

4 Art. 1º Autorizar a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do “Juízo 100% Digital” no Poder Judiciário.

nesse cenário mediante a concordância dos sujeitos que compõem a lide, por tornar possível o transcurso do processo inteiramente por meios eletrônicos, como as notificações e informações dos atos do processo, bem como a participação das audiências de forma virtual.

O aspecto central deste debate gira em torno do desenvolvimento da estrutura necessária para que essa iniciativa, paulatinamente, seja objeto de implantação em todo o território nacional, tendo em vista que, enquanto medida facilitadora do acesso à justiça, é essencial a criação de instrumentos que possibilitem o seu alcance a todos.

Essa perspectiva é reconhecida pelo próprio CNJ, conforme art. 4º da Resolução nº 345/2020, no qual aponta o dever de os tribunais fornecerem “a infraestrutura de informática e telecomunicação necessárias ao funcionamento das unidades jurisdicionais incluídas no “Juízo100% Digital”.

Sem dúvida, a implementação dessa política judiciária traz consigo desafios a serem solucionados em vista da realidade atual de acesso à internet no interior do Amazonas, sendo impensável que a mera previsão legal seja suficiente para atender aos anseios da sociedade, tornando-se necessário o desenvolvimento de condições materiais que lhe deem concretude.

### **2.3 Marco Civil da Internet versus a realidade da exclusão digital**

O meio de comunicação atualmente em voga é a internet e tem como Marco Civil a Lei nº 12.965/2014, que traz dentre seus princípios o acesso à internet como essencial ao exercício da cidadania.

Malgrado essas disposições legais, verifica-se uma série de barreiras tecnológicas causadoras de limitações do gozo e exercício pleno desse direito, tendo em vista, especialmente, o resultado da pesquisa promovida pelo TIC Domicílios 2019 (2020, p. 23), na qual se constatou que “uma a quatro pessoas no Brasil não tem acesso à internet”, tendo tal realidade sido mais evidenciada com a pandemia da Covid-19.

Outrossim, destaca-se da aludida pesquisa o fato de o telefone celular ser o principal meio de acesso à internet quando comparado com o computador, pois essa ferramenta relaciona-se diretamente com fatores sociodemográficos (TIC Domicílios 2019, 2020, p. 23).

No que se refere à presença de WiFi nos domicílios da população brasileira, a região Norte e a área rural, apresentaram as menores proporções, conforme a seguir descrito:

[...]As menores proporções de domicílios com WiFi foram observadas na região Norte (51%), na área rural (66%), entre moradias com renda familiar de até um salário- mínimo (63%) e entre as das classes DE (61%). Em contrapartida, quanto maior a renda familiar e a classe dos domicílios, mais frequente foi a presença de WiFi: em 96% daqueles com renda superior a dez salários-mínimos e em 98% dos de classe A. (2020, p. 66)

Ainda, a região Norte aparece entre as três regiões com domicílios sem conexão com a Internet, obtendo um percentual de 37%. (TIC Domicílios, 2020, p. 138). Há uma significativa disparidade, sendo essa a mesma realidade da maioria dos municípios do Amazonas, que não possuem a disponibilidade de internet.

A propósito, cita-se o Município de Eirunepé, localizado a 1.159 km da capital Manaus, com uma área territorial correspondente a 14.966,242 km<sup>2</sup> [2020] e uma população estimada de 36.121 pessoas [2021], segundo dados do IBGE.

De acordo com a Agência Nacional de Telecomunicações-ANATEL, no que toca os dados referentes aos acessos de Banda Larga Fixa (Serviço de Comunicação Multimídia – SCM), Eirunepé possui a densidade do serviço de banda larga correspondente a 1,19, medida que representa a quantidade de acessos a cada 100 domicílios. Já faixa de velocidade predominante é justamente uma das mais lentas, compreendendo a velocidade 0kbps até 512kbps, no mesmo período.

Em comparação com a capital amazonense, a densidade do serviço de banda larga equivale a 68,63 acessos a cada 100 domicílios. Já a faixa de velocidade predominante é de 512kbps a 2Mbps, sendo Manaus o único município com densidade do serviço acima de 68%.

Desta forma, persiste uma realidade com elevada disparidade quanto ao acesso à internet e ao pleno exercício desse direito universal no interior do Estado do Amazonas quando comparado à capital Manaus.

## **2.4 Dos desafios no interior do Estado do Amazonas**

É indiscutível que o “Juízo 100% digital” trata-se de uma iniciativa vinculada à promoção do acesso à justiça, enquanto garantia constitucional alçada à condição de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988.

Contudo, o Estado do Amazonas está inserido naqueles locais com sérios entraves estruturais para a efetivação desse direito constitucional devido à “indisponibilidade de internet para movimentar os processos, seja pelos advogados, seja por parte dos magistrados”, dificultando o exercício da atividade judicante e demais funções essenciais à Justiça. Este é um problema complexo, que infelizmente não é visto quando o CNJ planeja as políticas judiciais de acesso à justiça, já que demanda a questão tecnológica (ALMEIDA, 2021, p. 60).

Segundo o resultado da Pnad Contínua sobre Tecnologia da Informação e Comunicação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com base na coleta de dados de 2018, o estado do Amazonas tem o segundo maior índice de domicílios do Brasil sem acesso à internet por falta de serviço das operadoras, sendo que 19,3 dos domicílios não são cobertos com a conexão móvel.

Dessa forma, verificam-se comprometedoras barreiras tecnológicas, como a internet de baixa qualidade ou mesmo a indisponibilidade de rede em Comarcas do Amazonas,

fator essencial e indispensável que se vincula intrinsecamente com as propostas e metas do Poder Judiciário, já que são exigidas para implementação das propostas do CNJ.

### 3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O “Juízo 100% digital” é um instrumento importante que viabiliza o andamento do processo de forma célere, sem os tradicionais formalismos que “amarram” o regular transcurso processual. De outro lado, o acesso à Internet é desigual e excludente, especialmente as classes mais baixas e mais isoladas geograficamente, que não têm acesso ou possuem um acesso de baixa qualidade, realizado prioritariamente por meio de conexões móveis, como no Amazonas.

Portanto, a criação e implementação das políticas judiciárias devem estar alinhadas com os demais Poderes e autoridades responsáveis pela prestação do serviço de telecomunicações e sua universalização, para que se possa cumprir os objetivos, que devem ser orientadas pela aplicação do princípio constitucional do acesso à justiça, em consonância com o modelo constitucional do processo, a fim de atender a todos.

### REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roger Luiz Paz de. **Acesso à justiça na Amazônia: desafios e perspectivas à luz do neoconstitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 2021.

ANATEL, Agência nacional de Telecomunicações. **Painéis de Dados da Anatel**. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/acessos/banda-larga-fixa>. Acesso em: 28 out. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: **TIC Domicílios**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic\\_dom\\_2019\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic_dom_2019_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 27 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 345, de 9 de outubro de 2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original175500202010145f873b7482503.pdf>. Acesso em: 7 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 378 de 09/03/2021**. Altera a Resolução CNJ nº 345/2020, que dispõe sobre o “Juízo 100% Digital”. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3773>. Acesso em: 7 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 398 de 09/06/2021**. Gestão Administrativa; Tecnologia da Informação e Comunicação; Gestão e Organização Judiciária. Dispõe sobre a atuação dos “Núcleos de Justiça 4.0”, disciplinados pela Resolução CNJ nº 385/2021, em apoio às unidades jurisdicionais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3978>. Acesso em: 28 out. 2021

ORSINI, Adriana Goulart de Sena Orsini. **Acesso à justiça**: das ondas renovatórias ao contexto da pós pandemia da COVID-19. Juízes para a democracia. Ano 20, nº 85, jul. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol I: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum**. 60 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa** (conceito atualizado de acesso à justiça) Processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

## DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO SOB O PRISMA DA HISTÓRICA LEI 11.161/2005

*Data de aceite: 01/03/2022*

### **Giliarde Benavinito Albuquerque Cavalcante Virgulino Ribeiro Nascimento e Gama**

Prof. Mestre - Universidade Federal do Tocantins - UFT e Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS

### **Graziani França Claudino de Anicélio**

Profa. Mestra - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Tocantins - IFTO

### **Márcia Sepúlveda do Vale**

Profa. Mestra - Universidade Federal do Tocantins e Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Tocantins - IFTO

**RESUMO:** O presente trabalho faz uma breve reflexão sobre a desobrigatoriedade do ensino da Língua Espanhola (Lei Ordinária 11.161/2015) que implica em um novo cenário político pedagógico para o idioma como disciplina regular no currículo pleno nacional da escola secundarista, fruto da Medida Provisória 746/2016 transformada na Lei Ordinária 13.415/2017 que alterou permanentemente o currículo do ensino de línguas das escolas brasileiras com a retirada do Espanhol como disciplina obrigatória, causando, assim, prejuízos de curto, médio e longo prazo à formação plena e de qualidade dos discentes nos moldes das exigências constitucionais de 1988 e, internacionais, com a criação do Mercosul, em 1991, e seus objetivos integracionais e de desenvolvimento. Neste sentido, através de pesquisa bibliográfica, de campo e normativa, trilhou-se o presente estudo qualitativamente,

buscando através de dados coletados desde o ano de 2014, nas escolas do município de Paraíso do Tocantins, revelar os impactos e consequências notadas nesse primeiro momento da perda do principal instrumento legal de difusão da Língua Espanhola no Brasil. Os estudos revelaram um cenário preocupante e de uma necessária revisão legislativa ante aos prejuízos da desobrigatoriedade do Espanhol a uma boa formação educacional atenta com as trocas contemporâneas, econômicas, políticas, culturais, linguísticas e sociais de diferentes povos circundantes do território nacional brasileiro, ensejando, por fim, num ensino/educação de qualidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** EDUCAÇÃO, ESPANHOL, LEI 13.415/17, QUALIDADE

**ABSTRACT:** The study in question sought to examine, from a legal point of view, the conditions under which Federal Law No. 11,161/2005 is implemented and enforced in the state school system in the municipality of Paraíso do Tocantins - TO. The federative unit of Tocantins, according to field studies developed by the Center for Studies in Languages and Public Policies for Education of the IFTO since 2014, demonstrated irresponsibility of the competent governance to manage High School, since the aforementioned diploma did not it had been fully and effectively fulfilled as expected by the social body. These evidenced study conclusions start from bibliographic surveys, field research in the municipal and state education departments, school departments and student body, with a qualitative focus and supported by the Dignity of

the Human Person, foreseen by the Maximum National Law that lists Education as individual and social fundamental right.

**KEYWORDS:** Law 11.161/2005. Fundamental Law. Paraíso do Tocantins.

## 1 | INTRODUÇÃO

O cenário da educação brasileira sofreu algumas transformações com a nova investidura política da chefia de estado e de governo do Brasil no decorrer dos últimos meses. Neste sentido, houve uma reforma do Ensino Médio, traduzida em novos dispositivos legais, através da Lei Ordinária 13.415/17 que alterou, em especial, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional n. 9.394/96, com diversas implicações tanto estruturais (curricular), quanto materiais (formacional); e revogou a Lei do Espanhol, único instrumento legal no Brasil a velar pela difusão, necessária, de um dos idiomas oficiais do Mercado Comum do Sul – o Mercosul.

Ratifica-se que o Brasil é signatário do Tratado de Assunção de 1991 (criação do Mercosul), tendo, portando, que seguir as políticas integracionais e de desenvolvimento do Bloco Econômico, razão pela qual o retrocesso ao Espanhol, marcado pela Lei Ordinária 13.415, é violento aos objetivos de integração econômica, política, cultural, linguística e social dos países do cone sul do globo terrestre. Tem-se, ainda, prejuízo à formação esperada de qualidade (arts. 205, 206, VII, Constituição Federal do Brasil), já que, sem a inserção do idioma espanhol na formação dos nossos educandos, as condições que a influência internacional exige atualmente são desfavorecidas.

Evidencia-se, através da desobrigatoriedade do Espanhol nos currículos plenos do ensino médio nacional, um verdadeiro retrocesso de cunho educacional, marcando um novo cenário político pedagógico para a Língua Espanhola, ou seja, um idioma optativo de oferta a rogo dos gestores escolares.

O presente estudo traz uma reflexão nacional com um parâmetro local, isto é, analisa-se nacionalmente os impactos e as consequências da desobrigatoriedade do Espanhol enquanto disciplina curricular, tendo como base discursiva os dados bibliográficos e de campo coletados ao longo de mais de 3 (três) anos de pesquisas, realizadas na Secretaria Estadual de Educação do Tocantins – SEDUC, na Diretoria Regional de Ensino de Paraíso do Tocantins – DRE e nas escolas estaduais do Município de Paraíso do Tocantins/TO por meio do Núcleo de Estudos em Linguagens e Políticas Públicas para a Educação – NELPPE/CNPq do IFTO, Campus Paraíso do Tocantins cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisas.

Objetiva-se entender como será garantida uma formação de qualidade, nos moldes constitucionais da educação brasileira, com vistas a (re)afirmar a Língua Espanhola como imprescindível idioma na construção formacional dos brasileiros para as contemporâneas relações econômicas, políticas, culturais, linguísticas e sociais contributivas a curto, médio

e longo prazos para toda a sociedade, um vez que, trata-se de uma das línguas mais difundidas do mundo, e notadamente dominante nas Américas em número de falantes. Para tanto, abordou-se como reflexão, os prejuízos decorrentes da revogação da lei do Espanhol.

## 2 | METODOLOGIA

O Os dados aqui discutidos e apresentados se referem a três projetos de pesquisa em Arranjos Produtivos Locais – APL, promovidos pelo NELPPE/CNPq desde o ano de 2014, quais são, “A Situação da Língua Espanhol em Paraíso do Tocantins pós Lei 11.161 de 05 de agosto/2005”, “Implantação e Execução da Língua Espanhola em Paraíso do Tocantins pós Lei 11.161 de 05 de agosto/2005” e “Formação de Professores de Língua Espanhola no Município de Paraíso do Tocantins: conhecer o passado para entender e modificar o presente”. Mencionados dados, ante o pouco tempo da revogação da lei do Espanhol no currículo nacional do Ensino Médio, trarão prejuízos imediatos.

O trabalho foi de cunho qualitativo, conforme etapas apresentadas:

A. Realizamos estudos bibliográficos e discussões em grupo para o embasamento teórico des- ta pesquisa;

B. Analisamos os seguintes dados: as condições do ensino do Espanhol pelas escolas brasilei- ras e em especial pelas escolas estaduais de Paraíso do Tocantins/ TO; participação das escolas na formação integral e contemporânea dos estudantes do ensino médio; a impor- tância do idioma Espanhol o atingimento de uma educação de qualidade.

C. Discutimos os dados compilados e selecionamos os ideais para a reflexão aqui proposta.

## 3 | PANORAMA DO ENSINO DO ESPANHOL NO BRASIL – LEI ORDINÁRIA 11.161/05

A realidade do ensino de língua espanhola no Brasil tem sido alvo de muitas discussões, principalmente, após a aprovação da Lei Ordinária 11.161 de 05 de agosto de 2005 que tornou obrigatório o ensino dessa língua nas escolas que ofertam o ensino médio. Preconizava a Lei, que a Língua Espanhola deveria ser de oferta obrigatória pela escola e de matrícula facultativa para o aluno; devendo ser implantada gradativamente nos currículos plenos do ensino médio no prazo de cinco anos, o que ocorreu em agosto de 2010.

A referida lei, muito importante para a difusão do idioma, não teve muito sucesso em quase todo o país por causa de questões como falta de profissionais habilitados, material didático adequado, estrutura física das escolas, dentre outros. Essa afirmação surge a partir de observações feitas *in locu* como a partir de leituras de artigos e outros trabalhos

publicados sobre o assunto. Os principais autores que serviram como base para o nosso trabalho foram: Neide Gonzáles e Almeida Filho.

Saltam aos olhos e assustam também os inúmeros casos de submissão a pressões externas as mais variadas, que obedecem a interesses alheios aos do processo educativo que devemos garantir. [...] Passados sete anos da sanção da Lei 11.161/05, que essa decisão – que deveria ser considerada um gesto de política linguística do governo brasileiro – não foi acompanhada de suficientes ações coordenadas [...]. (GONZÁLES, 2012, p. 19)

De acordo com nossas pesquisas, constatamos que a oferta da língua espanhola vinha sendo ofertada irregularmente, longe do ideal proposto pela lei à época. Essa oferta irregular parte da má gestão do ensino nas escolas, e não da falta de interesse dos estudantes na oferta da disciplina. Com esses dados e informações em mãos, percebemos que além do problema quanto à aplicabilidade da lei, esbarramos em outro problema, a qualificação dos profissionais atuantes na área e do interesse governamental em difundir o idioma.

#### **4 | A IMPORTÂNCIA DA LÍNGUA ESPANHOLA PARA UMA FORMAÇÃO DE QUALIDADE**

Observamos que a oferta obrigatória da língua espanhola no ensino médio é muito relevante, pois oportuniza ao aluno o contato com outra língua estrangeira, sua cultura, política e economia. Itens que juntos caracterizam os povos estrangeiros. Além disso, a língua espanhola é a mais usada pelos países das Américas, alcançando ampla divulgação após a consolidação do Mercosul e a segunda língua mais importante do mundo.

Zilda Helena confirma a razão do idioma espanhol como meio de desenvolvimento econômico e social no contexto do Mercosul:

A globalização e as origens históricas do processo educacional brasileiro são aspectos relevantes a serem interpretados para situar a função e o objetivo do idioma espanhol, como segunda língua, nas escolas públicas ou privadas. É evidente que o cenário mudou, com relação aos estudos desta língua que, em décadas anteriores, estavam quase extintos no meio educacional. Ainda, segundo os dados do Plano Trienal de Educação, texto oficial do MERCOSUL, foi dado grande relevância à educação como fator de integração regional, à medida que poderia contribuir de forma expressiva para a superação das disparidades regionais, para consolidação da democracia e para o desenvolvimento econômico e social (ABREU, 2008, p. 5).

Hoje, o ensino da Língua Inglesa ocupa lugar de destaque no ensino, sendo disciplina obrigatória a partir do 6º ano do ensino fundamental. Contudo, conhece-se do distanciamento entre o português e o inglês por suas estruturas morfossintáticas e léxicas, fato que distancia os falantes nativos do português de um verdadeiro aprendizado que sirva como base para a finalização dos estudos de segundo grau e para o mercado de trabalho.

Já, no contexto do ensino de língua estrangeira, a proximidade do português e

do espanhol, motiva o aluno a se aproximar, desde o primeiro contato, com o ensino do espanhol:

Os pontos de contato (léxico e estruturas morfossintáticas) entre o espanhol e português favorecem também uma aproximação mais imediata ao idioma estrangeiro por parte de nossos alunos, permitindo desde muito cedo o acesso a textos retirados de documentos de uso cotidiano de hispanofalantes, com certo grau de complexidade. Isso pode gerar com frequência uma motivação extra para os aprendizes, que conseguem “fazer coisas” com a língua aprendida ainda em estágios iniciais da aprendizagem.(JUNGER, 2005, p. 44).

Neste contexto, o ensino da língua espanhola pode contribuir para que o processo educacional dos alunos seja enriquecido. É um fator de inclusão social, com mais oportunidades culturais e no mercado de trabalho, pelo número de empresas espanholas e hispano-americanas instaladas em território nacional.

A língua espanhola hoje é considerada uma necessidade dentro do contexto educacional brasileiro. Isso nos leva a refletir sobre a importância da aprendizagem do idioma espanhol em nosso país, já que, atualmente o Brasil tem estreitado seus laços com países hispano-americanos, não somente por questões comerciais que foram o ponto de partida para o fortalecimento da língua, mas também por questões sociais e políticas.(SOUZA; OLIVEIRA, 2010, p. 3).

Adentrando no mérito da educação, essa deve ser prestada com qualidade. A qualidade, neste momento, é tida como um conjunto de ações, programas e políticas que culminam numa satisfatória prestação do ensino/educação em escolas, faculdades, etc. Essa qualidade, sem dúvida, deve ser auferida através da boa formação dada aos discentes após concluírem seus estudos e entrarem no mercado de trabalho, além das relações políticas e sociais dos tempos atuais. Prejudicadas essas relações, pós-entrada no mercado, nota-se a deficiência no ensino obtido (não qualidade do ensino). Observando isso, e, sendo a Língua Espanhola uma realidade na maior parte das relações comerciais, políticas e sociais na América do Sul, pontuamos a necessidade da sua oferta nos currículos plenos do ensino, pois trará o preparo necessário para os novos sujeitos do mercado nas suas relações positivas e de ganhos diversos.

## **5 | PREJUÍZOS E CONSEQUÊNCIAS DA DESOBRIGATORIEDADE DO ESPANHOL**

As consequências negativas tidas com a revogação da Lei Ordinária 11.161/05 aqui apresentadas girarão em torno do aluno, enquanto sujeito detentor de um direito fundamental à educação, leia-se: educação de qualidade, conforme mandamento constitucional, art. 206, VII, de 1988.

Nesse sentido, faz-se necessário entender o que se tem por direitos fundamentais. Os direitos fundamentais apresentam-se como direitos positivos, garantidos

constitucionalmente, e encobertos de valores éticos e morais, os quais possuem o *status* de direito público interno, valendo-se de mecanismos de defesa e ampliação por meio de leis constitucionais e infraconstitucionais (Viana, 2010). Em outras palavras, trata-se de direitos constitucionalmente previstos e garantidos, sendo que não podem ser lesados, pois em caso de violação de tais direitos é possível se recorrer aos meios de proteção trazidos, de forma pensada, na Constituição Federal do Brasil e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional n. 9.394/96

Por conseguinte, a educação vem expressamente prevista na CF/88 no Capítulo III – Da educação, da Cultura e do Desporto, do Título VIII – Da Ordem Social, precisamente no art. 205, sendo um dever do Estado e da família, a qual deve ser promovida e incentivada por todos com indispensável atendimento ao desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Logo, sendo a educação um direito fundamental (art. 5º e 206 da Constituição Federal do Brasil), incorporando-se necessariamente o Ensino de Línguas, o Espanhol recebeu *status* de direito fundamental por meio da revogada Lei 11.161/05, pois se incorporou como um ganho à educação brasileira. E, por ser o Espanhol uma necessidade contemporânea, em razão da criação do Mercosul, deve ser mantido no currículo do ensino médio do Brasil.

Portanto, questionar a importância do Espanhol no ensino brasileiro é fechar os olhos para a realidade contemporânea, onde as exigências justificam a necessidade de se promover o seu ensino e não negá-lo, como se nota com a promulgação da Lei Ordinária 13.415/17. A educação deve incorporar bens humanos e não perder aqueles outrora conquistados.

No que tange a atual situação da língua espanhola, observa-se que ela se tornou uma disciplina opcional (art. 35-A da Lei Ordinária 13.415/17) que enfrenta diversas barreiras, inicialmente retratadas neste trabalho, capazes de desestimular a escolha da disciplina pelas escolas e sua consequente não incorporação ao currículo pleno institucional.

Observamos e listamos alguns impactos e consequências advindos da revogação da Lei 11.161/05 ao ensino nacional: não formação plena e contemporânea atenta à realidade de geolocalização do Brasil e das trocas econômicas, políticas, culturais, linguísticas e sociais dos educandos brasileiros; não oportunidade a uma formação democrática e sensível às diferenças existentes, no plano linguístico, entre os “hermanos” dos diferentes países que cercam o território brasileiro; desestimulação à formação de profissionais em Língua Espanhola; perda de mercado para os já formados e atuantes como profissionais de Língua Espanhola; e, formação prejudicada dos estudantes para a prestação do Exame Nacional do Ensino Médio, principalmente para os estudantes de escolas de regiões pobres ou marginalizadas, conhecidas as carências e dificuldades dessas instituições que muitas vezes são desassistidas, dentre tantos outros a serem conhecidos a médios e longos prazos.

Assim, nota-se o quão delicada é a retirada do ensino da língua espanhola enquanto

disciplina obrigatória para o desenvolvimento nacional e humano, principalmente das classes sociais mais carentes.

## 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo centrado no novo cenário político pedagógico da língua espanhola como disciplina no Brasil percorreu caminhos com vistas a refletir na delicada situação que esse se encontra após a desobrigatoriedade do idioma para a formação democrática e qualitativa nos centros de ensino médio nacionais.

Apresentaram-se dispositivos legais, tidos como marcos para o desenvolvimento do ensino no Brasil que desvirtuam, pelas análises demonstradas, um ensino sem o Espanhol enquanto disciplina obrigatória. É preciso, como ficou demonstrado nos títulos discursivos, entender que a Língua Espanhola é uma exigência da nova ordem global marcada por trocas diversas que exigem a quebra de barreiras, principalmente linguísticas.

Observa-se que no grupo dos países do Mercosul, o Brasil é o único que desestimulou a quebra de barreiras linguísticas que visa a integração dos países. Assim, distanciou-se do alcance de um dos objetivos do Bloco Econômico, qual seja, a oferta dos idiomas espanhol e português no ensino formal para a aproximação econômica, política, cultural, linguística e social dos membros oficiais.

Nota-se ainda que, as limitações quanto à formação de qualidade (art. 206, VII, CF) só aumentaram depois da desobrigatoriedade do Espanhol, razão pela qual se faz necessário uma revisão legislativa capaz de corrigir o delicado impasse que a língua espanhola passa no Brasil.

As consequências, aqui apresentadas, da desobrigatoriedade pedagógica do Espanhol, são as notadas a curto prazo, havendo muitas outras a serem auferidas a médio e longo prazos e que precisam ser melhor analisadas e estudadas no futuro.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Zilda Helena Lovisi de. **A Língua Espanhola, o MERCOSUL e o Brasil**. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/LINGUAESPANHOLA.pdf>>. Acesso em: 29 de jun. 2017, 15:45.

BRASIL. **Lei 11.161 de 5 de agosto de 2005**. Dispõe sobre o ensino de língua espanhola. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11161.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11161.htm)>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional n.9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, DF, 1996. Disponível em. Acesso em: 20 de jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

GONZÁLES, Neide Maia. **Lugares de reflexión em la formación del profesor de E/LE (La particular situación de Brasil)**. *RedELE- Revista eletrónica de didáctica/ Españolllenguaxtranjera*, n.0, mar., 2004.

JUNGER, C. S. V. **Reflexões sobre o ensino de E/LE no Brasil**: propostas governamentais, formação docente e práticas em sala de aula. In: *Anuario brasileño de estudios hispánicos*. XV. Brasília, 2005.

SOUZA, Tassiana Quintanilha de; OLIVEIRA, Denise da Silva de. A Inclusão da Língua Espanhola na Educação Brasileira. Disponível em: < [http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/mydownloads\\_01/visit.php?cid=38&lid=6271](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/mydownloads_01/visit.php?cid=38&lid=6271)>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

VIANA, Lara Sanábria. O Estado democrático de direito e os direitos fundamentais: perspectivas históricas. In: **Revista da FESP**, Paraíba. Periódico de diálogos científicos. vol. 1, p. 8-23, 2010. Texto disponível em: Último acesso: 26/07/2017. ISSN: 1982-0895.

## O PAPEL DO PROFESSOR NA SOCIALIZAÇÃO DO CONHECIMENTO: TRANSMISSÃO OU PRODUÇÃO DO SABER?

Data de aceite: 01/03/2022

### **Celso Augusto Nunes da Conceição**

Mestre e Doutor em Linguística Aplicada na PUCRS; Pós-Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa, Portugal;

Atualmente pesquisador convidado no PPG-Mestrado em Educação na Unipampa/Jaguarão-RS. Membro da Academia das Ciências de Lisboa  
<http://lattes.cnpq.br/1124430988788748>

Artigo publicado nos Anais da VIII Mostra Científica do Cesuca – NOV./2014 ISSN – 2317-5915, mas reelaborado para se adequar ao capítulo deste livro, O direito em perspectiva.

**RESUMO:** O presente artigo propõe um exame sobre a realidade do ensino em relação ao papel do professor quanto ao conhecimento: transmissão ou produção do saber? Na verdade ambos, cada um com a sua respectiva função e apresentados metodologicamente, referindo-se o primeiro ao ensino e o segundo à pesquisa. Mas o questionamento maior é a forma como isso chega ao aluno e se ele aprende ou armazena o que lhe é oferecido. O resultado deste estudo de certa forma avança para que determinadas atuações, tanto do professor como do aluno, sejam efetivamente revistas para que o propósito da relação ensino/aprendizagem leve necessariamente à formação do indivíduo: o saber humanizado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conhecimento; Ensino;

Pesquisa.

### THE TEACHER'S ROLE IN THE SOCIALIZATION OF KNOWLEDGE: TRANSMISSION OR PRODUCTION OF KNOWLEDGE?

**ABSTRACT:** This article proposes an examination of the reality of teaching in relation to the teacher's role in knowledge: transmission or production of knowledge? In fact, both, each with its respective function and presented methodologically, the first referring to teaching and the second to research. But the biggest question is how this reaches the student and whether he learns or stores what is offered to him. The result of this study, in a way, advances so that certain actions, both of the teacher and the student, are effectively revised so that the purpose of the teaching/learning relationship necessarily leads to the formation of the individual: humanized knowledge.

**KEYWORDS:** Knowledge; Teaching; Research.

## 1 | INTRODUÇÃO

Este artigo pretende contribuir com informações acerca do papel do professor na socialização do conhecimento. Para isso é necessário que se estabeleçam metodologicamente algumas distinções entre os binômios *informação/conhecimento*, *transmitido/produzido* e *expositiva/interativa* relativos à escola, independentemente do nível de graduação, a fim de que se possa compreender os seus significados e fazer as suas relações com o propósito de identificar de maneira menos

controversa o que está provocando a distensão entre o saber e o indivíduo e, claro, propor soluções plausíveis para alterar efetivos comportamentos docentes e discentes.

Primeiramente é necessária a busca de uma fonte que seja comum a todos os indivíduos de uma sociedade: dicionários reconhecidamente fidedignos. Segundo Houaiss (2009), a palavra ‘informação’ significa *conjunto de conhecimentos reunidos sobre determinado assunto ou pessoa e também fato de interesse geral a que se dá publicidade; e quanto à ‘conhecimento’, significa ato de perceber ou compreender por meio da razão e/ou da experiência*. Nota-se que a informação precede o conhecimento. É a partir da exposição de um conjunto de dados oferecidos ao ouvinte ou leitor que, através da sua percepção, se processa o raciocínio, estabelecendo juízos da nova informação com o seu conhecimento já adquirido também por esse processo, resultando daí o chamado conhecimento. Existem estudos linguísticos que tratam dessa operação como tema/rema<sup>1</sup>, em que o primeiro é a informação dada, e o outro é a nova. Dizendo de outra forma, o conhecimento é o resultado da experiência que o indivíduo vivencia fazendo reflexões da informação nova juntamente com a sua cognição.

Com relação ao outro binômio, ‘transmitido’ e ‘produzido’, até se poderiam dispensar significações dicionarizadas, mas, em nome de um didatismo para melhor compreensão da dinâmica do assunto, o primeiro termo significa *passar, transferir (algo) a outrem*, enquanto que o outro significa *ter como resultado, causar, ocasionar, provocar e gerar* (HOUAISS, 2009). Fica evidente que, dentre os dois casos, o que realmente provoca conhecimento é o processo de produção. Também dizendo de outra forma, enquanto o ‘transmitido’ transfere informação, o ‘produzido’ gera o conhecimento.

Quanto ao terceiro e último binômio, as palavras ‘expositiva’ e ‘interativa’ também foram consultadas no Houaiss (2009): a primeira significa *relativo a ou que envolve exposição, que descreve, que dá a conhecer*; a outra significa *exercício da ação mútua (com algo), afetando ou influenciando o desenvolvimento ou a condição um do outro; conversacional*. A importância desse último par está diretamente relacionada com a forma com que o ensino está sendo tratado. Por um lado, a aula expositiva continua a cumprir o seu antigo papel de dar ao aluno informações para que ele “estude”, faça prova e consiga atingir nota suficiente para passar de um estágio para outro. Note-se que a palavra ‘estude’ está entre aspas: é para significar que o processo de aprendizagem está equivocado, uma vez que a sinapse cerebral aconteceu em forma de armazenamento para posterior recuperação, pois “deu a conhecer” o assunto. Por outro lado, tem-se a aula interativa, em que o aluno é estimulado a participar como integrante de um processo de conversação, ou seja, é convocado ao diálogo e daí a geração de conhecimento produzido pelo aluno através de suas constantes reflexões. Essa diferença metodológica é importante para o desenvolvimento do assunto ao longo deste estudo.

---

1 Se houver interesse em se aprofundar no assunto, consulte o artigo dos autores VENTURA e LIMA-LOPES (2014), que está citado nas referências bibliográficas deste trabalho.

Diante do esclarecimento acerca da restrição de significado dos pares acima, a discussão busca encontrar o equilíbrio para o objetivo máximo do ensino: o saber encontrada nos cérebros estudantis? Parece que há um grande distanciamento no que é informado e no que realmente é produzido como conhecimento, o real insumo do saber. E para tentar encontrar essas respostas, este projeto foi idealizado e estruturado com base em três questionamentos: o que está sendo dito e escrito pelos especialistas da área, o que o professor está fazendo em sala de aula e como o aluno sente tudo isso.

E para dar maior caráter científico a este projeto, que visa contribuir com a educação brasileira no que tange às mudanças, tanto estruturais como sociais, alguns nomes bem conhecidos no meio escolar como um todo se fazem presentes nessa abordagem. Como estruturais, a mudança da postura docente em relação à aula expositiva, redirecionando o foco para a interação. Como sociais, é o saber de forma humanizada, aquele que gera no indivíduo que aprende a capacidade de saber que seu conhecimento não é puramente científico, pois traz benefícios à sociedade e aos indivíduos que a compõem.

Para futuros projetos, ou até mesmo a sequência deste, a abordagem do que é científico deve ser bem estudada em todas as suas instâncias. Certamente é um capítulo a parte.

## 2 | PROFESSOR NA SALA DE AULA E OPINIÃO DAS PESQUISADORAS<sup>2</sup>

Primeiramente, dois dos grandes nomes mais proeminentes da educação brasileira, Pedro Demo e Açami Tiba, são bem destacados neste estudo, principalmente por que foram objeto de análise por parte das pesquisadoras, que selecionaram algumas de suas afirmações com o intuito de fazer observações, tanto de caráter corroborativo como também refutável, a fim de provocar reflexões no curso de Direito do Cesuca, como também expandi-la a toda instituição.

Segundo Demo (1996), em sua obra, destaca que *Vem à escola para trabalhar junto, tendo no professor a orientação motivadora, nem mais, nem menos*. Essa passagem do livro foi selecionada pelas pesquisadoras que escrevem o seguinte:

[...] é muito importante porque foi por onde passamos a concordar com ele; em parte, pelo fato de quando chegamos a certos institutos, onde o aluno é tratado como alguém que não sabe nada, sem conhecimento, mas sim agente do seu próprio conhecimento, isso fica tão evidente pelo fato de que a troca de informações e conhecimento em sala de aula passa e auxilia até mesmo os professores a aprender e a conhecer as convicções do aluno. Nas universidades já se entende que ocorre a chamada parceria a que ele se refere também, em que professores e alunos dialogam em busca do saber, trazendo mais um avanço na educação que, além de ensinar e instruir, passa a ser um treino para o senso crítico de cada estudante.

---

2 Francieli Raupp; Joyce Menguer e Larissa Costa de Oliveira, alunas de graduação do Curso de Direito do Cesuca e pesquisadoras do Projeto “O papel do professor na socialização do conhecimento: transmissão ou produção do saber?” (2014).

A pesquisa é uma das motivações para a mudança no ensino brasileiro porque é a que realmente provoca reflexão a partir de questionamentos, e foi Demo (2005) o autor do livro “Educar pela pesquisa” em que defende sua tese de que não há ensino sem pesquisa e que não *existe pesquisa sem ensino pois ambos andam lado a lado*. A partir disso, mais considerações das pesquisadoras:

[...] na prática, já conseguimos experienciar algumas aulas de alguns professores que conseguem fazer tanto o ensino como a pesquisa andarem juntos: apresentam o assunto e começam a fazer perguntas que nos conduzem a reflexões a fim de que entendamos que já estamos em processo de pesquisa. É com ela que produzimos nosso conhecimento. A partir de diversas versões sobre determinado conteúdo é que assumimos determinadas posições com argumentos que podem ser aceitos ou refutados. Nosso senso crítico é colocado à prova para que pensemos outra forma de fazer defesa ou refutações a partir do que está sendo proposto, analisado ou simplesmente informado. Podemos assim criar nosso próprio modelo de pensar.

Em outro livro, Pedro Demo (2009) afirma que *Aprendizagem implica a forja de sujeitos capazes de história própria: seres dependentes que são capazes de reconstruir sua independência relativa*. Já em relação a conhecimento, segundo ele É a dinâmica tipicamente *reconstrutiva e política, porque conhecer implica aprender em sua energia mais intensa e profunda*. É muito contraditória a sua forma de pensar pelo fato de ele defender a tese de que não existe necessidade de haver aulas, ou professores que sejam os soberanos das instituições de ensino. Por mais que devamos ir à busca de novas evoluções para a transmissão do conhecimento, ele compreende que o aluno deve produzir de acordo com as suas convicções e apenas a produção de textos próprios em que tenha essa liberdade de expressão. A escola não será mais o lugar onde buscar o conhecimento: é necessária a transmissão cotidiana baseada na interação entre estudantes e docentes em que o conhecimento esteja veiculado para ambos os lados e que dessa forma o senso crítico do aluno surja espontaneamente.

As convicções dele são muito impactantes diante das questões institucionais de acordo com a evolução que o ensino já obteve. Não podemos dizer que esteja tudo errado, como também talvez as suas comparações entre o Brasil e os Estados Unidos, em que nem mesmo a legislação é a mesma e os modelos de instituições são completamente diferenciados. E mais uma opinião muito consistente:

Acreditamos que tudo, inclusive nós seres humanos, pode ser melhorado. Essa melhora não significa desfazer as diversas faculdades que compõem o campo do saber dos brasileiros: é notório também que existam profissionais sem qualificação para atuar, como também alunos que não queiram aprender mais, pois nem tudo são flores.

No mesmo livro anteriormente tratado, Pedro Demo (2009) faz nova afirmação: *Comete-se um grande erro ao pensar que avaliação “Oficial” é a “prova”, assim como o ensino “Oficial” é a “aula”*. E a consciência das pesquisadoras se impõe na medida em que

mais referencial teórico/prático do autor é apresentado:

Concordamos com ele: esses métodos são muito restritos para avaliar o conhecimento do estudante, pois se restringem em dez perguntas, que para o professor são as mais importantes e que para outro docente talvez já não sejam de tamanha relevância.

A concordância do grupo de pesquisa com essa questão vai em direção às razões por que o ensino precisa que seu paradigma seja quebrado. Poucos são aqueles que cansam da rotina e vão em busca de inovação, justamente vislumbrando o conhecimento amplo e multidisciplinar. É claro também que nessa referência às vezes quem sabe sobre tudo muitas vezes não sabe nada de fato.

E para finalizar com a participação imprescindível de Pedro Demo (2009) para o assunto deste artigo, duas afirmações interligadas: a primeira, *o aluno não vem para a escola escutar aula, vem para construir conhecimento e arquitetar cidadania integral*. Esse é o novo método que a instituição quer implantar. E pelo fato de que neste sentido o autor da obra é também um professor, cuida para que o aluno aprenda, mas os fatos não ocorrem na prática com todos os professores. Há os que se importam com a aprendizagem do aluno, alternando sua atuação na sala de aula, em que as mudanças e inovações diárias instigam os alunos a buscar o saber; por outro lado, há os que mantêm as aulas puramente expositivas. O aluno incentivado a construir o seu saber fica em constante aprendizado para que o conhecimento seja lapidado de acordo com a busca individual de cada um. A segunda afirmação é a de que *o aluno deve elaborar toda semana*. Essa tese sustentada pelo educador é a melhor forma de o ensino se efetivar como conhecimento, buscando incentivar os alunos a se tornarem produtores de seu próprio conhecimento, ou seja, elaborando textos a cada informação tratada em sala de aula, ou em outro lugar em que seja possível o contato com os questionamentos do assunto.

Outro especialista que conhece muito bem a realidade da educação brasileira é Içami Tiba (2009). Suas afirmações são metodologicamente colocadas, principalmente quanto ao binômio informação/conhecimento já referido anteriormente: *A informação é algo novo em que a pessoa recebe. É sobre ela que se constrói um conhecimento que deve participar de suas futuras ações e/ou pensamentos. Enfim, o conhecimento é uma informação em ação*. Concordamos com a afirmação do autor pelo fato de que recebemos durante vinte quatro horas por dia, em todos os momentos em que usamos nosso cérebro, informações para pensarmos e refletirmos sobre determinada questão. Utilizamos muitas vezes ideologias conquistadas ao longo da nossa formação de seres humanos, sendo toda a informação analisada e apenas absorvido o que entendemos como o mais importante. Portanto, para os alunos que gostam de aprender e têm disposição para isso, a qualidade de seu desempenho em relação ao aprendizado é muito maior do que aquele aluno que apenas registra o que foi informado. Se a informação que chega ao aluno é relacionada com o seu mundo de referência através de questionamentos, gera o que se chama conhecimento, ou

seja, o conhecimento como resultado da relação cognitiva do que é informado juntamente com o seu mundo de referência.

Mais uma contribuição do autor Tiba (2009), que se refere primordialmente quanto à aprovação involuntária, em que o aluno faz a distinção entre o que tem interesse e o que não tem. E uma frase que nos remete muito a situações atuais, o autor se expressa com o seguinte ponto de vista: *A educação que ensina o aluno a apreender as matérias que involuntariamente reprova é a mesma que desenvolve a disciplina para fazer o que precisa fazer e não somente o que gosta*. Essa seria a sociedade atual que é muito criticada pela universidade: cobram que o aluno seja generalista, em que nem tudo que estudam é o que mais ama, mas o que realmente ocorre é que se sujeitam a deixar acontecer, por mais maçante que seja ou que o seu inconsciente não aceite muito essa ideia. Esse aluno vai em frente com o intuito de se destacar até mesmo diante daqueles que visam tão somente estudar aquela disciplina. Uma questão também que tem influência direta é a relação aluno e professor, pois se não ocorre da maneira esperada é bem possível o aluno baixar o seu desempenho.

O paradigma para ser quebrado na educação deve ser de acordo com o citado por Tiba (2006) na sua obra “Ensinar aprendendo”: *O novo paradigma da educação é capacitar o professor para, além de transmitir o conteúdo pedagógico, ser também um orientador*. Seria a frase ideal para o momento de reflexões em relação à questão do aprendizado, como também uma inovação e solução em que hoje já existem instituições que começam a aderir a ideia e acreditando que seja muito válida, pois é claro que depois de um certo tempo, na monotonia das salas de aula, torna-se muito cansativa a forma de aprendizado para os alunos. E aproximando-os aos conteúdos práticos, eles conseguem absorver muito mais informações, sendo que o inverso também ocorre, pois no papel de professor orientador o soberano das salas de aula também deve se atualizar e seguir pesquisando, inclusive quando abordam assuntos mais complexos em que o norte de opiniões seja enriquecedor. Essa é a melhor forma para ambos os lados que estejam a fim de realmente aprender e tornarem-se conhecedores de diversos campos do saber.

Muitos outros livros que tratam do assunto poderiam ter seus autores contemplados neste artigo, mas pelo menos um já deve ficar registrado para futuras pesquisas: *Ensinar a pensar*, de Rath (1997). Nele muitas atividades que incentivam à reflexão dentro de nosso esquema escolar, já o tem em suas referências teórico-práticas, pois são processos de abstração substituídos por determinadas técnicas práticas que auxiliam o desenvolvimento das habilidades de reflexão do aluno.

Um dos propósitos desta parte do estudo é apresentar reflexões conjuntas entre docentes e discentes a partir dos teóricos apresentados, como também seguir num debruçar de novos estudos e pesquisas na área com a finalidade específica de incentivar a instituição a buscar novas ideias e inovações para podermos um dia colocá-las em prática.

### 3 | DIREITO NO CESUCA E A SUA PROPOSTA DE MUDANÇA PARADIGMÁTICA

As reflexões provocadas por Pedro Demo e Içami Tiba sugerem novas estratégias educativo-institucionais que estão sendo implementadas no Cesuca. A finalidade é propiciar um novo método de ensino para os alunos terem uma formação acadêmica, mas principalmente de cidadão. Para isso, e sempre atentos às tecnologias de informação, está buscando, através de reuniões com outras instituições, também comprometidas com o ensino, um novo jeito de tratar o conhecimento. Trata-se aí de uma onda tecnológica.

Assim como os diretores do Cesuca estão propondo alterações metodológicas para esse ensino da instituição, o curso de Direito também já se mobilizou para isso. A título de “ensino invertido”, “aula invertida” ou “metodologia invertida”, as pessoas estão provocando uma revolução para a disseminação do conhecimento. Esse processo já foi implementado pelo curso de Matemática, que está em franca observação.

Mas como se processa essa recente novidade metodológica? No PORTAL DA PAULINA (2014), dois parágrafos tratam do assunto:

Uma educadora explica as regras da gramática francesa ou detalha expressões e aspectos do vocabulário do idioma como faria normalmente em uma sala de aula, só que em um vídeo de cinco minutos que seus alunos assistem em casa, na frente de seus computadores ou através de seus smartphones.

No dia seguinte, eles farão os exercícios práticos na presença dela, de acordo com chamado método “invertido”, uma forma diferente de ensino, possível graças às novas tecnologias digitais que estão transformando a educação.

E foi a professora April Burton, do Liceu Francês Francis Howell, em Cottleville, no estado americano do Missouri, que resolveu aplicar o modelo porque sentia que o momento educacional precisava de mudanças. E como se processa está descrito abaixo por esse mesmo site:

Essa estratégia de ensino é popular nos Estados Unidos desde a postagem na internet dos vídeos da Academia Khan, que oferece gratuitamente milhares de cursos e exercícios online. Para levar esta metodologia adiante, a professora precisou modificar um software e criar uma página na internet e um novo tipo de apresentações de PowerPoint.

No vídeo em que explica a conjugação do verbo “pouvoir” se pode ouvir sua voz, vê-la escrevendo no quadro e sublinhando as palavras. Para ensinar os adjetivos demonstrativos, a professora adiciona desenhos e fotos.

O aluno abre de casa o vídeo no computador, no tablet ou no celular e pode fazer as lições no seu ritmo, além de fazer anotações. Caso não entenda alguma coisa, pode perguntar no dia seguinte na sala de aula. Os tablets, smartphones e reprodutores de música, cada vez mais sofisticados, podem armazenar milhares de aplicativos, softwares, conteúdo e imagens que podem ser fartamente usados na educação, para ampliar ou completar um curso online.

TeachThought, uma plataforma online para educadores, prevê que, até

2028, ocorrerá uma perda de docentes e escolas, com focos de resistência e “aumento das desigualdades socioeconômicas”, sobretudo pelo custo da tecnologia.

Diante dessa breve e provocativa informação, principalmente no que diz respeito à suposição de que tanto os docentes como as escolas perderiam espaços, entende-se como prematuro fazer tal afirmação. Será realmente que não haverá mais professores ou mentores do saber? Se o método maiêutico de Sócrates<sup>3</sup> para buscar a sabedoria já se perpetuou ao longo dessa caminhada educacional, como é possível fazer tal especulação?

E para dar um caráter mais esclarecedor sobre esse tipo de aula inovadora, Rubem Alves (2001) desfaz, de certa maneira, esse tipo de abordagem educativa trazendo à baila e lembrando que a Escola da Ponte (2014) gerou uma grande polêmica nos anos 70 quando propôs uma educação baseada em outra forma de ensinar. Ele foi ver de perto o que era essa escola e escreveu seu livro contando em detalhes a grande revolução. Como este artigo é um resultado parcial do que realmente o projeto propõe, apresentaremos alguns excertos mais significativos, se é que é possível avaliarmos assim. O primeiro é em relação ao objetivo maior:

A Ponte é, desde logo, uma comunidade profundamente democrática e autorregulada. Democrática, no sentido de que todos os seus membros concorrem genuinamente para a formação de uma vontade e de um saber coletivos – e de que não há, dentro dela, territórios estanques, fechados ou hierarquicamente justapostos. Autorregulada, no sentido de que as normas e as regras que orientam as relações societárias não são injunções impostas ou importadas simplesmente do exterior, mas normas e regras próprias que decorrem da necessidade sentida por todos de agir e interagir de uma certa maneira, de acordo com uma ideia coletivamente apropriada e partilhada do que deve ser o viver e o conviver numa escola que se pretenda constituir como um ambiente amigável e solidário de aprendizagem (ALVES, 2001).

A partir disso, o civismo, que “não é ensinado” e “não é aprendido”, incorpora-se em seu meio de forma permanente, consistente e coerente, resultando dessa prática a aprendizagem e a consciência da cidadania. Especificando esse processo, é possível perceber que a mudança de hábito faz a diferença: as crianças mais dotadas ajudam as outras quando da pesquisa, investigação e aprendizagem. De que forma? Elas habituam-se a pedir a palavra para falar e habituam-se a ouvir os outros em silêncio e com a devida atenção. E o mais importante, que não acontece com a educação brasileira, é quanto à ajuda ao próximo, pois quem se sente apta a ajudar as outras, o fazem sem inibição, acontecendo da mesma forma com aquelas que sabem que precisam de ajuda: pedem sem nenhum constrangimento (ALVES, 2001). Isso faz muita diferença porque o objetivo em aprender é comum a todos.

E para finalizar o que na obra do Rubem Alves (2001) tem de muito especial, diante

---

3 PLATÃO. *Teeteto - Crátilo*. In: Diálogos de Platão. Tradução do grego por Carlos Alberto Nunes. 3a. ed., Belém: Universidade Federal do Pará, 2001, p. 45.

de muitas outras observações também importantíssimas, uma passagem a respeito de como se dá a transmissão de informações para que as crianças tenham elementos para fazer suas pesquisas e reelaborar seu conhecimento: *O professor é sempre um orientador ou, em certas ocasiões, também assume o papel de instrutor?* Os professores só poderão dar respostas se os alunos lhes dirigirem perguntas. Só participa do encontro quem o deseja e o explicita. Na verdade, esse processo relembra o próprio Sócrates quando de seus questionamentos para fazer com que o indivíduo buscasse conhecer o que não sabia saber.

Outro teórico que oferece uma obra com uma invejável apresentação de vários tópicos relacionados ao ofício de professor é Philippe Perrenoud (2002), que escreve sobre a possibilidade de professores formarem professores. Destaca-se, dentre muitos, o que é tratado em *A ilusão metodológica*, pois primeiramente questiona o fato de os especialistas em ciências da educação tentarem transformar professores em pesquisadores amadores, propondo o seguinte:

O que os professores mais podem aprender, em contato com a pesquisa em educação, provém do *olhar*, das *questões* que ela suscita, e não tanto dos métodos e das técnicas. É próprio da pesquisa subverter a percepção, revelar o oculto, suspeitar o inconfessável, estabelecer ligações que não saltam aos olhos, reconstruir as coerências sistêmica sob a aparente desordem. A principal contribuição prática da pesquisa. [...] Sob essa ótica, a formação por meio da pesquisa nos parece um *desvio* útil para uma formação *teórica*, vivaz, ativa e personalizada. Essa opção postula que a principal *regulação* da prática docente provém da reflexão do próprio profissional, desde que ele seja capaz de propor questões, de aprender a partir da experiência, de inovar, observar, ajustar progressivamente sua ação às reações previsíveis dos outros.

Mas alerta para a questão de que sua atitude reflexiva em sala de aula não garante que seus alunos assumirão essa característica por imitação ou por osmose. É necessário que a formação de *profissionais reflexivos* torne-se um objetivo explícito e prioritário em seu currículo, deixando de lado aqueles estágios longos e irreais, dando lugar à consolidação de um percurso de vários anos dos quais podem-se construir competências profissionais essenciais.

#### 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante enfatizar que, particularmente no curso de Direito, esse processo já começou antes mesmo de o advento da aula invertida ter sido anunciada. Alguns professores disponibilizam material utilizando-se desde mídias em papel até tecnologia digital para que os alunos tenham conhecimento do que será tratado na aula seguinte, e sem qualquer informação preliminar. Na aula seguinte, o “interrogatório” começa com os questionamentos “sem valer nota” para que o aluno fique tranquilo para acompanhar as informações que vão formando a rede do conhecimento baseada nas suas próprias

reflexões. E o ingrediente catalizador para isso se chama contexto: interagir a disciplina com o meio em que vivemos faz a diferença, pois aprendemos realmente quando sabemos da sua aplicabilidade para a vida.

Certamente essas posturas docentes não foram estimuladas pelo conhecimento da “aula invertida”, propriamente dita. São metodologias individuais aplicadas visando ao saber do aluno, comum à formação de cada educador. O importante aqui é ter a consciência de que é possível sim aceitar os desafios dessa metodologia que ora se universaliza e compor projetos que privilegiem tal modificação.

Mas para que essa mudança obtenha êxito é necessário encontrar mecanismos didáticos e institucionais que esclareçam o aluno acerca dos benefícios que ele terá ao fazer parte dela. Isso deve ser feito de forma inequívoca e gradual.

Grande parte de nossa sociedade educacional ainda é paternalista: muitas leis são incorporadas cotidianamente para que o aluno não seja penalizado ou que, pelo menos, tenha uma assistência para o caso de não estar fazendo a parte que lhe cabe. Não sendo assim, tanto o corpo docente como as próprias normas educacionais ficam impedidos de exigir postura acadêmica.

Quanto ao aluno estar preparado ou não a esse tipo de aula, a atenção precisa ser redobrada para que não haja cobranças indevidas. Por exemplo, quando o professor começa a falar de forma interativa, provocando reflexões, as reações são diversas: “Professor, quando é que o senhor vai começar a aula?”, “Professor, não estou entendendo nada!”, “Professor, quando é que o senhor colocará a matéria no quadro?” e outras tantas, principalmente se o aluno for oriundo de um ensino tradicional.

Outra peculiaridade do aluno, em função de sua cultura ou contexto educacional como um todo, é quanto ao seu propósito: quer notas boas, desconsiderando que é justamente o estudo o provocador do conhecimento e que este se incorpora ao seu saber. Sabendo disso, entenderá que a nota será uma mera consequência do saber maior e não a sua causa.

Finalizando, a frase a seguir foi elaborada há mais de uma década pelo pesquisador deste capítulo visando ao saber: “De nada vale a informação se não a transformarmos em conhecimento”. Mas para que precisamos desse conhecimento? Para aumentarmos a nossa capacidade de interação com o nosso meio, seja ele físico ou pessoal, e podermos nos comunicar cada vez mais com as pessoas através das ferramentas que nós mesmos produzimos. Esse processo de humanização implica sabedoria, que é a razão do ser, o saber humanizado.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. *O desejo de ensinar e a arte de aprender*. Campinas: Fundação EDUCAR DPaschoal, 2004.

\_\_\_\_\_. *A escola com que sempre sonhei sem imaginar que pudesse existir*. 12.ed. Campinas, SP: Papirus, 2001.

DEMO, Pedro. *Ser professor é cuidar que o aluno aprenda*. 6.ed. Porto Alegre: Editora Mediação, 2009.

\_\_\_\_\_. *Conhecimento Moderno : Sobre ética e intervenção do conhecimento*. 3.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Educar pela pesquisa*. 7.ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Houaiss Eletrônico*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

ESCOLA DA PONTE. Disponível em [http://www.escoladaponte.pt/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=81&Itemid=537](http://www.escoladaponte.pt/site/index.php?option=com_content&view=article&id=81&Itemid=537). Acesso em 24/10/2014.

GONTIJO, Paulo. *Templo da ciência*. Brasília: Thesaurus, 2002.

PERRENOUD, Philippe. *A prática reflexiva no ofício de professor : profissionalização e razão pedagógica*. Tradução Cláudia Schilling. Porto Alegre: Artmed Editora, 2002.

PLATÃO. *Teeteto - Crátilo*. In: Diálogos de Platão. Tradução do grego por Carlos Alberto Nunes. 3a. ed., Belém: Universidade Federal do Pará, 2001, p. 45.

PORTAL DE PAULINHA. *Método “invertido” mostra mudanças no ensino graças às tecnologias digitais*. Disponível em <http://www.portaldepaulinia.com.br/tech/internet/21617-metodo-invertido-mostra-mudancas-no-ensino-gracas-as-tecnologias-digitais.html>. Acesso em 24/10/2014.

RATHS, Louis E. e ROTHSTEIN, Arnold M. *Ensinar a pensar*. 2.ed. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1997.

TIBA, Içami. *Ensinar Aprendendo : novos paradigmas da educação*. São Paulo: Integrare, 2006.

\_\_\_\_\_. *Família de Alta performance : conceitos contemporâneos na educação*. São Paulo: Integrare Editora, 2009.

VENTURA, Carolina Siqueira Muniz e LIMA-LOPES, Rodrigo Esteves de. O Tema: caracterização e realização em português. Disponível em <http://www2.lael.pucsp.br/direct/DirectPapers47.pdf>. Acesso em 24/10/2014.

## JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO MUNICÍPIO DE CATALÃO/GOIÁS: ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS ENTRE 2017 E 2021

*Data de aceite: 01/03/2022*

*Data de submissão: 20/12/2021*

### **Mariana Coelho Cândido**

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Gestão Organizacional da Universidade Federal de Catalão (UFCAT)  
Catalão, Goiás, Brasil  
<http://lattes.cnpq.br/6963129410118043>

### **José Victor Assunção**

Bacharelado em Administração pela Universidade Federal de Catalão. Participa enquanto orientando em Iniciação Científica no Projeto de Pesquisa Gestão Organizacional Legal  
Catalão, Goiás, Brasil  
<http://lattes.cnpq.br/8413641727706835>

### **Emerson Gervásio de Almeida**

Docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado Profissional) em Gestão Organizacional (PPGGO) da Universidade Federal de Catalão  
Catalão, Goiás, Brasil  
<http://lattes.cnpq.br/1551600541874380>

**RESUMO:** O presente estudo teve como objetivo sistematizar o conhecimento acerca das ações judiciais relacionadas à saúde pública no município de Catalão, Estado de Goiás, garantidoras do acesso aos serviços de saúde, diante do cenário epidemiológico ocasionado pela COVID-19. Realizou-se um estudo de abordagem mista, com análise dos processos

judiciais distribuídos na comarca nos últimos cinco anos e em desfavor desse município goiano, com pedidos relacionados a ações e serviços de saúde envolvendo o SUS. Como resultado, constatou-se aumento significativo de processos no período de 2017 a 2021, acarretando riscos ao direito à saúde e ameaçando princípios constitucionalmente garantidos, especialmente o do acesso igualitário à saúde. Conclui-se que diálogos institucionais entre os órgãos públicos, a partir da análise política, jurídica e econômica, promovem ações conjuntas para o enfrentamento e contingenciamento da judicialização, especialmente em momentos imprevisíveis como o atual período de pandemia da COVID-19.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso igualitário à saúde; diálogos institucionais; direito à saúde; judicialização da saúde; riscos.

### HEALTH JUDICIALIZATION IN THE MUNICIPALITY OF CATALÃO/GOIÁS: ANALYSIS OF COURT CLAIMS BETWEEN 2017 AND 2021

**ABSTRACT:** This study aimed to systematize knowledge about lawsuits related to public health in the city of Catalão, State of Goiás, which guarantee access to health services, given the epidemiological scenario caused by COVID-19. A mixed-approach study was carried out, with an analysis of lawsuits distributed in the district in the last five years and in detriment of this municipality in Goiás, with requests related to health actions and services involving the SUS. As a result, there was a significant increase in lawsuits in the period 2017 to 2021, entailing risks to the right to health

and threatening constitutionally guaranteed principles, especially that of equal access to health. It is concluded that institutional dialogues between public bodies, based on political, legal and economic analysis, promote joint actions to confront and limit judicialization, especially in unpredictable moments such as the current period of the COVID-19 pandemic.

**KEYWORDS:** Equal access to health; institutional dialogues; right to health; health judicialization; scratches.

## 1 | INTRODUÇÃO

No Brasil, a saúde é assegurada pelo artigo 196 da Constituição Federal, como direito de todos e dever do Estado. Conforme a Carta Magna, trata-se de um direito social e deve ser implementado por meio de políticas públicas sociais e econômicas, com ações preventivas e assistenciais que assegurem o direito à saúde da população.

Segundo Lucchese (2004, p. 3), as políticas públicas de saúde “integram o campo de ação social do Estado orientado para a melhoria das condições de saúde da população e dos ambientes natural, social e do trabalho”. As políticas públicas são o conjunto de ações entre sociedade e Poder Público, compreendidos os governos federal, estadual e municipal, que afetam a todos os cidadãos, sem discriminação. O Sistema Único de Saúde (SUS), resultado da luta pelo direito à saúde, é a principal política pública de saúde do país.

Criado em 1988, no contexto da redemocratização do Brasil pela Constituição Federal, o SUS originou-se da incorporação das ações e serviços públicos em rede regionalizada e hierarquizada, fruto de luta política e democrática pelo direito à saúde. Assim, previsto no artigo 4º da Lei n. 8.080/90, o SUS consiste em um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas e fundações mantidas pelo Poder Público, abrangendo desde simples atendimentos até procedimentos complexos, tais como avaliação da pressão arterial e transplante de órgãos, assegurando o acesso integral, universal e gratuito a todos os brasileiros, o que, quando não garantido, o Judiciário intervém com medidas cabíveis.

A negativa ou negligência do Poder Público no atendimento ao usuário quanto ao acesso a ações e serviços de saúde resulta em inúmeros processos junto ao Poder Judiciário para garantia do direito, provocando o fenômeno da judicialização da saúde. Assim, diante da ineficiência das políticas públicas de saúde para atender de forma satisfatória a população, o Poder Judiciário atua, quando demandado, de forma a efetivar o direito constitucionalmente garantido. Em uma pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), evidencia que entre os anos de 2008 e 2017 houve um crescimento de 130% nas demandas judiciais em relação à saúde (REIS, 2020).

Assim, em períodos de normalidade, o Poder Judiciário passou a assumir o papel de intérprete da legislação no que tange ao direito à saúde nos últimos anos. Entretanto, esse período foi superado pela pandemia desencadeada pela COVID-19, provocando

uma situação extraordinária e excepcional e, conseqüentemente, a judicialização da crise (SCHULZE, 2020a).

No final de dezembro de 2019, a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi notificada pelo surgimento de uma nova tipologia do coronavírus, o SARS-CoV-2, iniciada na cidade de Wuhan na China e relacionada à uma síndrome respiratória aguda grave. Em 11 de março de 2020, a OMS declarou a COVID-19 uma pandemia, doença altamente contagiosa (SOUTO, 2020).

De acordo com os últimos dados divulgados pelo Ministério da Saúde, no Brasil somam-se mais de 22 milhões de contaminados e 616 mil óbitos confirmados (BRASIL, 2021a). No Estado de Goiás somam-se mais de 943 mil contaminados e de 24 mil óbitos, enquanto em Catalão, município do Estado de Goiás, com uma população de pouco mais de 110.000 habitantes, ultrapassados mais de 11.800 contaminados e de 410 óbitos confirmados (GOIÁS, 2021b).

A Lei nº 13.979, promulgada em 6 de fevereiro de 2020, dispõe sobre medidas de enfrentamento da pandemia do coronavírus. Para a contenção emergencial da disseminação do vírus, não houve limitação a esta lei, permitindo-se às autoridades a adoção de medidas, tais como: isolamento, quarentena, restrições de entrada e saída no país, entre outras (ALMEIDA, 2020).

Este artigo tem por objetivo descrever a judicialização da saúde como garantia de acesso a ações e serviços de saúde no município de Catalão/Goiás frente ao cenário da COVID-19.

## **2 | SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

A Constituição Federal, em seu artigo 198, consagra o SUS como um modelo público de ações e serviços de saúde, orientado por um conjunto de diretrizes e princípios de abrangência nacional, estabelecidos na Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde). Dentre os princípios do SUS estão a universalização, equidade e integralidade. O primeiro estabelece que o Estado deve garantir o acesso a ações e serviços de saúde a todo e qualquer cidadão, sem discriminação. O segundo aduz que a diminuição das desigualdades opera quando as pessoas são tratadas de forma distintas, pois possuem necessidades diferentes. O Estado deve tratar desigualmente os desiguais e investindo mais onde há maior carência e precariedade. O terceiro princípio, por sua vez, considera a população como um todo, sendo necessária a integração de ações, como a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação (BRASIL, 1990a).

O SUS, além de conceder acesso a ações de serviços de saúde à população em geral, possui um vasto campo de atuação, como a execução de ações de vigilância sanitária, saneamento básico, proteção do meio ambiente, fiscalização e inspeção, desenvolvimento científico e tecnológico, inovação, dentre tantos mais (BRASIL, 1990a).

O financiamento do SUS é tripartite, sendo obrigação das três esferas de governo (federal, estadual e municipal). A União é a principal financiadora da saúde no Brasil e o restante é distribuído entre os estados e municípios (BRASIL, 2007). A distribuição das competências para a direção do SUS foi previamente definida pela Lei nº 8.080/90: à União compete o papel de definir as políticas públicas de saúde com atuação por intermédio do Ministério da Saúde; aos Estados e ao Distrito Federal cabe implementar, coordenar e fiscalizar as ações realizadas pelas Secretarias Estaduais ou Distritais de Saúde; e aos Municípios incumbem à execução das ações de saúde, sendo os maiores responsáveis pela concretização da saúde da população por meio das Secretarias Municipais de Saúde ou órgãos equivalentes (OHLAND, 2010).

Porém, a maioria dos municípios não possui capacidade técnica e financeira para custear ações e serviços de saúde de forma satisfatória, impedindo o fornecimento de atendimento integral à saúde da população (DRESCH, 2014).

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou em tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 855.178 a solidariedade entre os entes federativos nas demandas prestacionais na área de saúde, cabendo ao juiz direcionar a qual dos entes federativos compete a obrigação de prestação à saúde (STF, 2019).

Segundo Dresch (2014):

O federalismo brasileiro é estruturado de forma centrípeta, com a concentração do poder central, situando os Municípios numa base financeiramente mais frágil, que lhes impõe uma dependência dos Estados-membros e da União. Mesmo assim, criou-se um federalismo solidário dentro da organização do SUS, atribuindo aos Municípios a condição de executores diretos das ações de saúde, sem estabelecer regras claras que imponham aos Estados e à União a realização automática de repasses para que haja um fluxo financeiro constante de custeio da saúde.

Um estudo realizado em 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) evidenciou que 71,5% da população brasileira, representado por mais de 150 milhões de brasileiros, depende do SUS, estando contemplados pela saúde suplementar, operada por planos e seguros de saúde, apenas 28,5% da população (IBGE, 2019).

Ainda de acordo com o IBGE (2019), a região Centro-Oeste ocupa o terceiro lugar em proporção de habitantes que possuem planos de saúde.

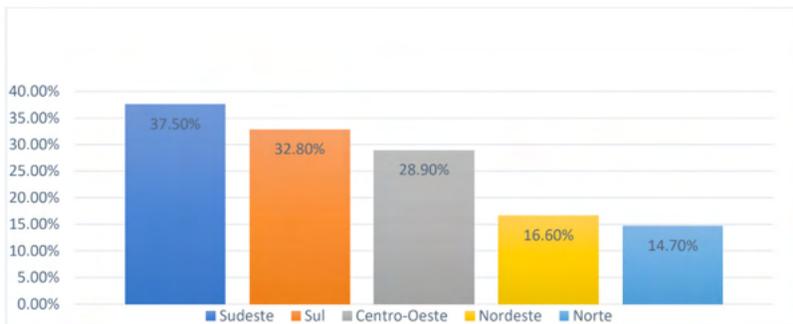


Figura 1 Proporção de pessoas que possuem planos de saúde por região brasileira. 2019.

Fonte: Autores (2021).

Além disso, verifica-se que planos de saúde são predominantes entre a população branca e quanto mais elevado o nível de instrução, maior a capacidade financeira para arcar com um plano de saúde privado, conforme figuras 2 e 3.

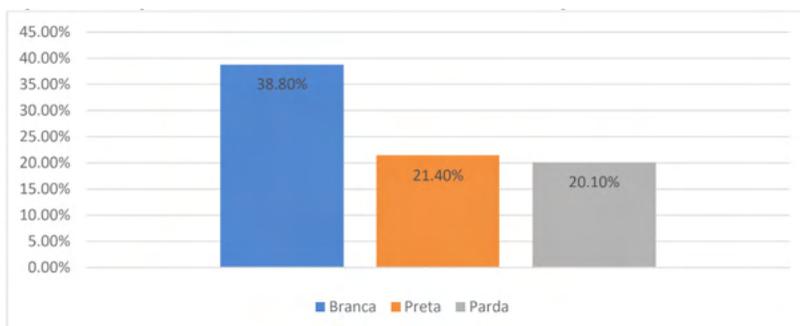


Figura 2 Proporção de pessoas que possuem planos de saúde segundo a cor.

Fonte: Autores (2021).



Figura 3 Proporção de pessoas que possuem planos de saúde segundo o nível de instrução.

Fonte: Autores (2021).

### 3 | JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE DURANTE A PANDEMIA EM UM MUNICÍPIO DO SUDESTE DE GOIÁS

O Poder Público tem o dever de garantir à população o acesso a ações e serviços de saúde de forma integral. Porém, diante da recusa ou negligência de atendimento ao cidadão usuário da saúde pública, aquele que sentir-se lesado poderá buscar solução judicial (ZANDONÁ, 2008). O número de demandas no Poder Judiciário relacionadas à saúde tem crescido vertiginosamente, resultando no fenômeno da judicialização da saúde. Segundo Ramos (2020, p. 432), “a judicialização é uma contingência histórica, ou seja, uma consequência natural do constitucionalismo contemporâneo”, uma vez que o Estado não atende adequadamente às demandas da população.

Vale ressaltar que a maioria das demandas de saúde são decididas em fase liminar, sem possibilidade de defesa do ente público e com prazo máximo de 72 horas para cumprimento, sob pena de bloqueio do orçamento público, causando um impacto no planejamento feito pela gestão, que se vê obrigada a fazer realocação dos recursos orçamentários, beneficiando assim, um número reduzido de pessoas em detrimento da maioria (SCHULZE, 2019).

Segundo o artigo 3º, § 2º, II, da Lei nº 13.979/20, as pessoas afetadas pela COVID-19 têm o direito de receber tratamento adequado e gratuito (BRASIL, 2020). O atual cenário da pandemia no Brasil é de calamidade pública, com superlotação de leitos de UTI nos sistemas público e privado, milhares de contaminados e óbitos no período de 24 horas, sendo a maioria atendida pelo SUS. A crise sanitária desencadeada pelo coronavírus resultou em um colapso do sistema público de saúde, o que gera o aumento de processos judiciais, provocando um efeito de transbordamento no âmbito da saúde no Poder Judiciário, que já estava sobrecarregado (RAMOS, 2020).

O Supremo Tribunal Federal criou um painel de ações que são levadas ao Judiciário em decorrência da COVID-19, estando, em dezembro de 2021, com mais de 10.000 processos e mais de 13.200 decisões, levando-se em conta que pode existir mais de uma decisão ou despacho por processo (STF, 2021). Para o tratamento desse período de pandemia, utiliza-se o termo “Judicialização da Crise” para analisar a atuação do Poder Judiciário diante de momentos de calamidade ou de extremas dificuldades, além de contabilizar os casos de judicialização da saúde em razão da doença (SCHULZE, 2020b).

Os julgamentos de demandas judiciais no âmbito da saúde, mormente nos casos relacionados à COVID-19, ainda não possuem referencial teórico suficiente para embasamento, uma vez que se trata de uma doença relativamente nova, com inúmeros estudos em andamento. Assim, buscando a efetividade dos julgamentos, as decisões devem fundamentar-se na teoria dos direitos fundamentais e em evidências e ciências da saúde (SCHULZE, 2020b). Castro (2020) aduz que, no contexto da judicialização em tempos da crise pandêmica mundial, para garantia da função jurisdicional os julgamentos

devem apoiar-se em critérios de evidências científicas em detrimento da jurisprudência sentimental, que, ao prezar pelo olhar social, beneficia a parte mais fraca.

O presente estudo versa sobre os pedidos judiciais relacionados a ações e serviços de saúde no município de Catalão/Goiás, analisando-se os dados nos últimos cinco anos, a partir do número de demandas e dos pedidos mais solicitados. Segundo o IBGE (2021), esse município, com índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 0,766, PIB per capita de R\$ 57.291,37 e taxa de escolarização entre 6 e 14 anos de 97,1%, conta com 23 estabelecimentos de saúde pública para uma população de mais de 110.000 habitantes.

No Brasil, 65,9% da população foi totalmente vacinada (BRASIL, 2021b). O Estado de Goiás ocupa a 16ª posição no ranking entre os estados brasileiros que mais receberam a vacina, com 60,07% da população imunizada com as duas doses, enquanto o município estudado 69,63%. O município de Catalão, entre as situações de alerta, crítica e calamidade, encontra-se em situação de alerta. Segundo os indicadores da saúde no Estado, a piora da situação acarreta aos municípios a adoção imediata de medidas restritivas por 14 dias (GOIÁS, 2021b).

O município de Catalão possui um plano de operacionalização para a vacinação contra a COVID-19, que pertence ao nível de atenção primária de baixa complexidade e de grande impacto nas condições gerais da saúde da população. Atualmente, a vacinação, com esquema composto por duas doses, ainda não superou os grupos prioritários (GOIÁS, 2021c).

Dentre os pedidos mais demandados durante a pandemia foram, respectivamente, de cirurgias e medicamentos, conforme se vê na figura 4. Para Barroso (2008), as decisões concessivas dessas naturezas sem uma efetiva observação criteriosa da demanda podem redundar em efeitos negativos para todo o sistema de saúde pública, acarretando uma disfunção em todo o sistema.



Figura 4 Número de processos judiciais e pedidos mais solicitados.

Fonte: Autores (2021).

Além disso, o número de processos judiciais de saúde em desfavor do município

quase quadruplicou em 2020, se comparados com o período inicial (2017). Em maio de 2021 ultrapassada a metade do penúltimo ano (TJGO, 2021).



Figura 5 Total de processos judiciais de saúde em desfavor do município de Catalão.

Fonte: Autores (2021).

No Brasil, apesar do modelo de gestão de saúde passar pelos três entes federativos, o municipal acaba sendo a primeira escolha do usuário ao buscar meio de recuperação, reabilitação e prevenção, municipalizando o gasto público, acreditando na maior eficiência e garantia dos serviços (SILVESTRE, 2019).

De acordo com Silveira e Bueno (2021), existe o risco de o Poder Judiciário ultrapassar os limites do Poder Executivo em matéria de políticas públicas de saúde, especialmente nos casos em que os magistrados não possuem meios adequados de informação e suporte técnico, influenciando diretamente na concessão ou não da tutela judicial.

Segundo Baptista, Machado e Lima (2009), ao se desenvolver a via judicial como a principal para assegurar o acesso a serviços de saúde, acarreta riscos graves do direito à saúde, atentando contra princípios constitucionalmente garantidos, especialmente ao do acesso igualitário à saúde.

## 4 | METODOLOGIA

Trata-se de um estudo com abordagem qualitativa e quantitativa para melhor compreensão do problema investigado, a partir de coleta de dados consubstanciada em estudos bibliográficos e documentais, análise de entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e dados estatísticos, com recortes de períodos específicos, fundamentados em dados públicos obtidos junto ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), para conhecimento do número de ações judiciais relacionadas à saúde e distribuídas em desfavor de Catalão, município do sudeste goiano, bem como sobre quais pedidos solicitados, auxiliando a traçar um perfil da judicialização no município.

A pesquisa em análise é aplicada quanto à natureza, objetivando gerar

conhecimentos para aplicação prática e dirigidos à solução de problemas. Quanto aos objetivos se caracteriza como exploratória, tendo em vista que faz uma análise acerca das razões e conclusões dos pedidos de judicialização da saúde em tempos de pandemia no município, avaliando a utilização da tutela provisória de urgência como instrumento para a efetivação do direito à saúde, conforme os entendimentos doutrinário e jurisprudencial.

Quanto ao procedimento trata-se de um estudo bibliográfico e documental, realizado a partir da análise de livros, artigos, dissertações, leis, decretos, sítios eletrônicos de diversas instituições que tratam do direito à saúde como direito fundamental, além da bibliografia nacional sobre o direito à saúde e judicialização e das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça goiano.

Inicialmente, se fez necessário uma contextualização histórica do direito à saúde e criação do SUS. Deve-se compreender o SUS como política pública, especialmente com a finalidade de fundamentar a discussão sobre a concretização do direito à saúde. Importante também a revisão da bibliografia nacional sobre o tema e suas implicações, identificando se o Poder Judiciário está preparado para atender tais demandas.

Para alcançar os fins desta pesquisa, o *corpus* documental foi constituído de arquivos de domínio público, disponibilizados eletronicamente no *link* pesquisa no sistema de pesquisa livre do TJGO, relacionados ao acervo da Vara da Fazenda Pública Municipal de Catalão. Os processos judiciais que a pesquisa objetivou recolher e analisar se limitaram àqueles ajuizados contra o município, portanto, foram desconsiderados na listagem final processos instaurados contra particulares ou contra outros entes municipais, estaduais ou federais.

Como **critérios de inclusão** foram analisados os processos judiciais, distribuídos na comarca nos últimos cinco anos, com recorte temporal entre os anos de 2017 e 2021, em desfavor do município de Catalão, com pedidos relacionados a ações e serviços de saúde envolvendo o SUS.

Os **critérios de exclusão** foram processos distribuídos antes de 2017 e aqueles que, distribuídos após esse período, sejam em desfavor de ente público diverso desse município ou que versem sobre pedidos relacionados à assistência à saúde suplementar (planos de saúde).

## 5 | CONCLUSÃO

As decisões judiciais relacionadas a ações e serviços de saúde visam garantir o cumprimento dos princípios constitucionais. As decisões do STF, órgão máximo garantidor da Constituição Federal, são no sentido de proteção do cidadão e de se fazer cumprir esse direito.

Assim, cabe ao cidadão que sentir-se lesado no atendimento quanto a pedidos de saúde, direito de todos e dever do Estado, buscar sua efetivação por meio do Poder

Judiciário. É cediço que os problemas relacionados à saúde pública vão desde a escassez de recursos financeiros até o sucateamento do sistema. A pandemia desencadeada pelo coronavírus acarretou o aumento de demandas judiciais e, conseqüentemente, o comprometimento de ações planejadas para o coletivo em razão da tutela individualizada, além do premente risco de interferência do Poder Judiciário em matérias relativas aos outros Poderes, atingindo o princípio da independência e harmonia entre eles.

Os diálogos institucionais entre os órgãos públicos devem prevalecer para, em uma atuação conjunta, evitar que as decisões judiciais provoquem o colapso do sistema como um todo, especialmente de situações excepcionais e imprevisíveis como a atual.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, E. M. de. **Novo Coronavírus (Covid-19) e a Judicialização da Saúde no Brasil em tempos de enfrentamento à crise e medidas emergenciais**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324342/novo-coronavirus--covid-19--e-a-judicializacao-da-saude-no-brasil-em-tempos-de-enfrentamento-a-crise-e-medidas-emergenciais>. Acesso em: 19 mai. 2021.

BAPTISTA, T. W. F.; MACHADO, C.V.; LIMA, L. D. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 829-839, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/QXStzwBwfQjFRrMqr69T35Q/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 63, 2008. Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI2MQ%2C%2C>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde (SUS), o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jun. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm). Acesso em: 19 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. 1990a. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm). Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. 1990b. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm). Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Cartilha “Entendendo o SUS”**. 2007. Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha\\_entendendo\\_o\\_sus\\_2007.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf). Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Covid-19 no Brasil**. 2021a. Disponível em: [https://infoms.saude.gov.br/extensions/covid-19\\_html/covid-19\\_html.html](https://infoms.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html). Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Vacinômetro**. 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br>. Acesso em: 15 dez. 2021.

CASTRO, S. A. R. de. **As consequências da judicialização da saúde em meio à pandemia provocada pelo novo coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86485/as-consequencias-da-judicializacao-da-saude-em-meio-a-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus>. Acesso em: 19 mai. 2021.

DRESCH, R. L. Federalismo Solidário: A Responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. **Saberes**. Campinas, p. 25-57, 2014. Disponível em: <https://joserobertoafonso.com.br/federalismo-solidario-dresch/>. Acesso em: 07 mar. 2021.

GOIÁS, Secretaria Estadual de Saúde. **Coronavírus em Goiás**. 2021a. Disponível em: <https://www.saude.go.gov.br/coronavirus>. Acesso em: 15 dez. 2021.

GOIÁS, Secretaria Estadual de Saúde. **Mapa de vacinação por primeira dose de aplicação**. 2021b. Disponível em: <https://indicadores.saude.go.gov.br/pentaho/api/repos:/coronavirus:paineis:painel.wcdf/generatedContent>. Acesso em: 15 dez. 2021.

GOIÁS, Secretaria Municipal de Saúde. **Plano de operacionalização para a vacinação contra a Covid-19**. 2021c. Disponível em: <http://www.catalao.go.gov.br/site/coronavirus/>. Acesso em: 15 dez. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional de Saúde - PNS. 2019**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9160-pesquisa-nacional-de-saude.html?=&t=downloads>. Acesso em: 31 mai. 2021.

LUCCHESI, P. T. R. Políticas públicas em saúde pública. **BIREME/OPAS/OMS**. São Paulo, v. 90, 2004. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-532280>. Acesso em: 15 mar. 2021.

OHLAND, L. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, v. 36, n. 1, 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8857>. Acesso em: 10 mar. 2021.

RAMOS, P. M. Judicialização da pandemia do coronavírus (COVID-19) no Brasil. In: ARAÚJO, D. F. M. da S. de; NOGUEIRA, S. N.; SILVA, S. T. de L.; SANTOS, W. C. da S. (org.). **Direito: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, v. 1, 2020, p. 430-442.

REIS, G. L. **Os planos de saúde e a sua judicialização quanto a crise do sistema de saúde na pandemia do novo Covid-19**. Universidade Católica de Salvador, 2020, Dissertação (Bacharel em Direito). Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/2648>. Acesso em: 13 mai. 2021.

SCHULZE, C. J. **Novos parâmetros para a judicialização da saúde**: Critérios para a Teoria da Decisão Judicial. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/256/TESE%20-%20CLENIO%20JAIR%20SCHULZE.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021.

SCHULZE, C. J. **A nova judicialização da saúde**. In: GONÇALVES, S. K. (org.). Revista de Direito Sanitário da Comissão da Saúde: Saúde e Ministério Público Desafios e perspectivas. Conselho Nacional do Ministério Público, Brasília, n. 1, p. 71-82, 2020a.

SCHULZE, C. J. **Covid-19**: judicialização da crise e o direito à saúde. In: FARIAS, R. N.; MASCARENHAS, I. de L. (org.). Saúde, Pandemia e Judicialização. Juruá Editora, Curitiba, p. 99-111, 2020b.

SILVEIRA, A. B. da; BUENO, I. S. A judicialização da saúde em tempos de pandemia. **Revista Âmbito Jurídico**. São Paulo, n. 204, ano XXIV, Janeiro, 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-judicializacao-da-saude-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em 10 mai. 2021.

SILVESTE, R. de M. **Judicialização da saúde**: estudo de caso sobre as demandas judiciais em um município de pequeno porte no sul do estado do Piauí. Fundação Getúlio Vargas Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2019, Dissertação (Mestre em Gestão e Políticas Públicas). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/26132>. Acesso em 28 mai. 2021.

SOUTO, X. M. COVID-19: aspectos gerais e implicações globais. **Revista de Educação, Ciência e Tecnologia de Almenara**. Almenara, v. 2, n. 1, p. 12-36, 2020. Disponível em: <https://recital.almenara.ifnmg.edu.br/index.php/recital/article/view/90>. Acesso em 10 mai. 2021.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Painel De Ações Covid-19**. 2021. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 15 dez. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Consulta pública de processos**. 2021. Disponível em: <https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcessoPublica>. Acesso em: 28 mai. 2021.

ZANDONÁ, F. Política nacional ou judicial de medicamentos? **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 23, abr. 2008. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando\\_Zandona.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando_Zandona.htm). Acesso em: 10 mar. 2021.

## CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ESSENCIALIDADE NO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE TRIBUTÁRIA

Data de aceite: 01/03/2022

Data de submissão: 30/11/2021

### Gabriela Barbosa Rodrigues

Graduanda em Direito pela Unesp – Campus de Franca  
Franca – São Paulo  
<http://lattes.cnpq.br/5295596155180946>

### Giovana Fujiwara

Graduanda em Direito pela Unesp – Campus de Franca  
Franca – São Paulo  
<http://lattes.cnpq.br/2902143830092715>

### Nathan Gomes Pereira do Nascimento

Professor Bolsista de Direito Tributário da Unesp – Campus de Franca  
Franca – São Paulo  
<http://lattes.cnpq.br/3419376667952699>

**RESUMO:** Este artigo tem como objeto a análise do princípio da seletividade tributária, com foco no caráter da essencialidade. A seletividade atinge dois dos principais impostos brasileiros, o IPI e o ICMS, portanto, sua influência sob o contribuinte é inegável. Frente a essa temática, analisa-se a definição de essencialidade e seus objetivos, e expõem-se controvérsias que rondam esse conceito, ilustradas, principalmente, pela alta tributação de um elemento essencial para a dignidade humana, qual seja, a energia elétrica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Seletividade; essencialidade; impostos; energia elétrica.

## CONSIDERATIONS ABOUT THE ESSENTIALITY IN THE PRINCIPLE OF TAX SELECTIVITY

**ABSTRACT:** This article has as an object the analysis of the principle of tax selectivity, focusing on the essentiality character. Selectivity reaches two of the principals Brazilian taxes, IPI and ICMS, therefore, its influence on the taxpayer is undeniable. Facing that theme, essentiality's definition and objectives are analyzed, and controversies that surround that concept are exposed, mostly illustrated by the high taxation of an essential element for the human dignity, namely, the electricity.

**KEYWORDS:** Selectivity; essentiality; taxes; electricity.

## 1 | INTRODUÇÃO

A seletividade é um dos mais importantes princípios na seara do Direito Tributário. Ele contempla o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Aplicando-se o princípio aos impostos, tem-se que os produtos, mercadorias e serviços devem ser tributados de acordo com seu grau de essencialidade para a sobrevivência do contribuinte.

Essencialidade, como será demonstrado, pode ser um conceito deveras controverso, tanto na doutrina quanto nos tribunais brasileiros. A priori, pode-se pensar que os produtos essenciais são aqueles sem os quais o cidadão

não consegue ter uma vida digna, definição que está correta. Contudo, no plano fático, percebe-se que a tributação atinge a renda do contribuinte, fazendo com que as classes mais baixas tenham a totalidade de seus ganhos vertidos em consumo – mesmo que, teoricamente, os produtos destinados a essa classe sejam menos tributados.

Nesse sentido, a principal controvérsia acerca do conceito de essencialidade fica por conta da energia elétrica. Esse serviço, tão fundamental para uma vida digna dos seres humanos, pode ser exacerbadamente tributado em diversos estados brasileiros, causando insegurança jurídica e decisões desencontradas nos Tribunais.

Ante o exposto, busca-se refletir acerca de um conceito mais adequado de essencialidade, para que o princípio da seletividade possa lograr êxito em todos os seus objetivos, não apenas garantindo ao contribuinte o mínimo para sobreviver, mas uma vida plenamente digna e proveitosa.

Para tanto, a presente pesquisa jurídica, de natureza exploratória e documental, com delineamento bibliográfico, abará qualitatativa coleta de dados junto à doutrina, artigos e teses, além de obviamente abranger a legislação e a jurisprudência locais, que, por suas vezes, encontram-se intrinsecamente relacionadas aos objetivos deste estudo, proporcionando uma cauta análise do conceito da essencialidade, e sua melhor aplicação face à seletividade tributária.

## 2 | O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE FRENTE AOS IMPOSTOS

### 2.1 Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)

O princípio da seletividade é um princípio específico na matéria tributária, pois se aplica apenas a dois impostos, quais sejam, o IPI e o ICMS – em oposição aos princípios gerais do Direito Tributário, que se aplicam a diversos impostos.

O IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados – se encontra previsto na Constituição Federal como um imposto da União, no artigo 153, o qual reza:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV - produtos industrializados;

(...)

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto; (BRASIL, 1988)

Schoueri (2018, p. 396) explica que, quando se trata da seletividade, as alíquotas dos impostos variam de acordo com os próprios produtos, por força da essencialidade. Ou seja, o legislador determinará quais produtos são essenciais e em qual grau, para que assim se defina a incidência da carga tributária. Para tanto, editou-se a Lei nº 8.544 de 2015,

que estabeleceu a TIPI (Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados). Assim, a essencialidade e a seletividade são conceitos que se provam intrínsecos um ao outro.

Pela simples leitura da Carta Magna, não é possível definir quais produtos podem ser considerados essenciais, sequer o conceito exato de essencialidade, o qual, segundo Schoueri (2018, p. 397), deve ser determinado pelas questões fáticas de justiça distributiva. Existe entendimento doutrinário no sentido de que “o tributo recai sobre os bens na razão inversa de sua necessidade para o consumo popular e na razão direta de sua superfluidade, fazendo-se, então, a garantia do mínimo existencial” (SCHOUERI, 2018, p. 396). Leite e Moraes (2018, p. 1) destacam os produtos alimentícios e os de higiene como principais exemplos da essencialidade, e acrescentam que alguns deles podem, inclusive, ter a sua alíquota zerada.

Na mencionada TIPI, existem alguns produtos classificados como não tributáveis, como livros, jornais, animais vivos etc. “Ainda existem bens que são isentos, a tabela pode ser atualizada dependendo do contexto social e político do governo federal [sem necessidade de] aprovação do Congresso Nacional” (LEITE; MORAES, 2018, p. 5). Fica nítida, mais uma vez, a relação entre a seletividade da carga tributária que incidirá nos produtos e a sua essencialidade, principalmente quando tais itens são consumidos pelas classes mais baixas, “sendo que isso não ocorre com mercadorias consumidas por apenas classes sociais consideradas médias ou até altas, que possuem o poder de compra maior” (LEITE; MORAES, 2018, p. 4).

## 2.2 Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)

O imposto tratado no presente tópico remonta à Carta Magna de 1934 (FALCÃO; OLIVEIRA; SILVA, 2019, p. 129), e também se encontra previsto na Constituição atual, em seu artigo 155, como um imposto de responsabilidade dos estados-membros e do Distrito Federal. Vejamos:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços; (BRASIL, 1988)

O ICMS passou a ser assim denominado somente após o advento da Constituição

Federal de 1988. Anteriormente a isso, era chamado de ICM, ou seja, contemplava apenas as mercadorias em circulação. A Carta Magna vigente acrescentou sob sua égide a “prestação de serviços, transporte sendo interestadual e intermunicipal e também de comunicação” (LEITE; MORAES, 2018, p. 5), através da sigla S, de serviços.

Pela leitura do supramencionado dispositivo constitucional, percebe-se que o ICMS está vinculado à essencialidade assim como o IPI. Ademais, o mesmo vale para a relação com a capacidade contributiva, ou seja, as mercadorias e serviços usufruídos por classes financeiramente desfavorecidas devem ter tratamento fiscal especial no que tange o ICMS, tendo em vista, novamente, a garantia do mínimo existencial. Existe, contudo, uma diferença basal entre o ICMS e o IPI a respeito da seletividade, pois, para este, a seletividade é obrigatória, enquanto que para aquele, é facultativa.

A seletividade do ICMS foi deixada à critério de cada estado-membro, o que causa diversos debates doutrinários e uma certa insegurança jurídica. Afinal, não parece razoável que uma mercadoria ou serviço considerado essencial em um estado, não o seja em outro, sendo que os consumidores finais podem ter a mesma falta de poder aquisitivo por todo o país. Assim é a opinião de Schoueri:

Assim, não parece acertado que um mesmo produto tenha alíquotas diversas, conforme a região em que seja industrializado. Embora seja verdadeiro que a União pode conferir tratamento diferenciado entre as diversas regiões do País, como ferramenta para promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico (artigo 151, I, da Constituição Federal), a seletividade não é ferramenta adequada, já que ela se vincula à essencialidade do produto. (2018, p. 397)

### **3 I A SELETIVIDADE COMO INSTRUMENTO DE ORDENAÇÃO POLÍTICO ECONÔMICA**

O tributo tem por finalidade, além de arrecadar receita para os cofres públicos, estimular ou desestimular certos comportamentos – é o chamado caráter extrafiscal. Como explicam Falcão, Oliveira e Silva (2019, p. 128) “a função arrecadatória pode ser relegada a segundo plano quando o objetivo for induzir o comportamento do particular, a exemplo do ITR progressivo para propriedades improdutivas [...]”.

A extrafiscalidade tributária encontra seu lastro no artigo 153, §1º, da Constituição Federal, o qual determina que o Poder Executivo, dentro dos limites de sua baliza, pode alterar as alíquotas de certos impostos:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V. (BRASIL, 1988)

Portanto, a extrafiscalidade está intimamente ligada ao conceito de essencialidade e ao princípio da seletividade tributária, afinal, para que se induza um comportamento no contribuinte – como o desestímulo ao consumo de cigarros, por exemplo –, é necessário que se altere a alíquota do imposto incidente no determinado produto, mercadoria ou serviço.

Ademais, a capacidade contributiva também configura critério essencial para a definição da alíquota dos impostos sobre certos produtos, pois assim, o Estado exerce sua função redistributiva. São exemplos, como já citado anteriormente, a tributação mais alta a produtos consumidos majoritariamente por classes mais abastadas, a facilitação do acesso a alguns serviços, a busca por um salário mínimo digno, dentre outras práticas. Segundo Falcão, Oliveira e Silva (2019, p. 127), a política fiscal é:

um dos principais mecanismos do governo para promover a distribuição de renda. [...] na atualidade, o governo tem se utilizado da política fiscal para promover os princípios da justiça distributiva e da igualdade, por meio da análise da capacidade econômica do contribuinte como critério para graduação das alíquotas.

Faz-se imprescindível evidenciar a importância da chamada função redistributiva do Estado, bem como do princípio da essencialidade. Hodiernamente, na seara tributária brasileira, constata-se que os tributos têm ação regressiva, em função da profunda desigualdade de renda. Isso quer dizer que, quanto maior a renda do contribuinte, menor a parcela desta renda que será destinada ao consumo – será vertida, por exemplo, em investimento. Ao passo que a população de baixa renda tem boa parte ou a totalidade de seus ganhos gastos em consumo (SCHOUERI, 2018, p. 398).

O efeito regressivo ocorre, pois, “o tributo não incide sobre o produto, mas sobre a renda manifestada no ato do consumo” (SCHOUERI, 2018, p. 398). Dessa forma, explica-se o porquê de um mesmo produto ter valores diferentes em estabelecimentos de venda diferentes – como uma garrafa de água, por exemplo. O que se busca é selecionar um certo público alvo, de determinada renda, através da precificação. Por isso, o consumo atinge a renda. Nesse sentido, a explanação de Schoueri (2018, p. 399) ilustra perfeitamente a situação da regressividade da tributação:

Considere-se, agora, uma pessoa com renda de 100 salários mínimos. É razoável admitir que seu padrão de gastos seja muito mais elevado. Digamos que 50 salários mínimos sejam seu gasto mensal. Se a alíquota do imposto permanece em 20%, então se dirá que o imposto será de 20% sobre 50 salários mínimos (consumidos), o que equivale a 10% de sua renda total de 100 salários mínimos. Ou seja: no exemplo, o contribuinte com 1 salário mínimo destinou 20% de sua renda ao pagamento de impostos, enquanto o outro, que ganha 100 salários mínimos, destinou 10% de sua renda ao mesmo fim. Aí se evidencia o caráter regressivo da tributação do consumo.

Assim, conclui Schoueri (2018, p. 399) que o princípio da seletividade, ao atribuir diferentes alíquotas a determinados produtos, serviços e mercadorias, auxilia na mitigação

da regressividade tributária; “a essencialidade, portanto, enquanto critério para a fixação dos tributos sobre o consumo, ganha nova perspectiva: o produto essencial é aquele que mesmo as pessoas de menor renda não podem prescindir”.

No que tange ao caráter da seletividade supramencionado, que busca influenciar no comportamento do contribuinte, um dos objetivos é a proteção do bem jurídico saúde. Com efeito, o cigarro e as bebidas alcoólicas são os produtos mais atingidos por essa prática estatal, justamente por serem mais nocivos aos seres humanos, merecendo uma maior tributação.

Todavia, tal como dispõe Cavalcanti (2021, p. 2-3), a tributação exorbitante não faz com que indivíduos fumantes deixem de comprar seus cigarros. Pelo contrário, uma grande parcela acaba recorrendo aos produtos contrabandeados, em razão dos menores preços, considerando que “o preço final dos cigarros exclui do mercado legal boa parte da população de menor poder aquisitivo, que passa a optar pelo mercado ilegal, de preço acessível e não tributado”.

No entanto, cumpre salientar que, de acordo com o site UOL (JANSEN, 2019), Brasil foi considerado exemplo na redução do número de fumantes, à medida que diminuiu em 40% o número de tabagistas na última década, atingindo, enfim, a meta determinada pela OMS a respeito da matéria.

Por derradeiro, percebe-se que o efeito da seletividade no cigarro ocasiona efeitos ambivalentes: enquanto parte dos fumantes opta pelos produtos contrabandeados, sua outra parcela logra superar o vício. Nesta senda, emerge com clareza solar a necessidade de uma adoção conjunta de medidas no combate ao tabagismo, tendo a seletividade tributária se mostrado essencial nesse sentido.

## **4 | A INSEGURANÇA JURÍDICA**

### **4.1 Da faculdade do legislador**

O art. 155, § 2º, inciso III da CRFB/1988 confere ao legislador a faculdade da seletividade na fixação das alíquotas do ICMS, ao estabelecer que “Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”, esclarecendo, outrossim, que este imposto “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”.

Ocorre que, aliada à falta de critérios objetivos para a definição da essencialidade dos serviços, enorme é a arbitrariedade dos Estados nesse sentido, que divergem quanto às alíquotas fixadas ao ICMS, bem como nas decisões de seus respectivos Tribunais. Isso pois, nessas situações, incumbe aos próprios Estados o juízo acerca da necessidade dos serviços prestados, o que é deveras subjetivo, ao contrário do IPI cuja seletividade é

obrigatória.

Consequentemente, não bastasse toda a insegurança jurídica gerada em desfavor dos contribuintes, o problema se dá quando eventual essencialidade de um bem é negligenciada pelos legisladores, não em razão de seu efetivo caráter supérfluo, mas pela ânsia dos respectivos entes na arrecadação de receitas. Afinal, deve-se ter em mente que o ICMS, sobre o qual a seletividade incide, é um dos impostos que mais contribuem para os cofres públicos, figurando, inclusive, em primeiro lugar do ranking, segundo levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), sob encomenda da Associação Comercial de São Paulo (ACSP) - na ocasião, o ICMS representou 18,3% do total arrecadado.

Assim é que, para atender ao objetivo de distribuição de riquezas, diminuindo as desigualdades sociais nos termos da CF (art. 3º, inciso III), os Estados não podem agir discricionariamente ao analisarem a essencialidade de produtos e serviços, cabendo aos seus legisladores avaliarem a efetiva conjuntura econômica do momento.

Sem dúvidas, uma das maiores controvérsias acerca da matéria diz respeito à aplicação da seletividade tributária sobre a energia elétrica. E para ilustrar, colecionamos algumas imposições de legislações nacionais, mais especificamente dos Estados de Santa Catarina, Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, tidos como os mais desenvolvidos do país.

O estado sulista, por meio da Lei Estadual nº 10.297/1996 (art. 19), instituiu quatro faixas de alíquotas aplicáveis ao ICMS, incluindo a energia elétrica em duas delas, a depender da intensidade do consumo: 12% para os primeiros 150 kWh, e 25% para os demais. Com efeito, essa porcentagem de 25% é a mesma aplicável às operações com produtos supérfluos, tais como perfumes, cosméticos, bebidas alcoólicas e cigarros, o que não parece proporcional.

Afinal, é certo que, na Era Moderna, a essencialidade da energia elétrica para a humanidade tornou-se incontroversa, sendo que, sem ela, muitas das atividades econômicas se tornariam impraticáveis, afetando bruscamente a subsistência do cidadão comum. Tanto é assim que a própria CRFB/1988 reconheceu a sua importância, ao atribuir a operacionalização e a disponibilização da eletricidade à União (art. 21, XII, "b"), embora não tenha imposto, de maneira cogente, a seletividade tributária sobre as suas operações. Portanto, cabe o questionamento: seria mesmo adequada a equiparação do consumo de energia elétrica, ainda que exacerbado, a bens extremamente supérfluos e que, por vezes, são inclusive objetos de extrafiscalidade (vide tópico 3)?

Prosseguindo, em sentido semelhante e até mais incongruente, o Estado do Rio de Janeiro estabelece a alíquota de 18% para operações com consumo de até 300 kWh mensais (e de 25% para o restante), ao mesmo tempo em que fixa as porcentagens de 16% e 17% para refrigerantes e bebidas alcoólicas (cerveja e chope), respectivamente, tal como consta no art. 14 do Decreto Estadual nº 27.427/2000.

Note-se que a fixação de alíquotas menores para produtos supérfluos é, no mínimo, duvidosa, tendo em vista a importância da energia elétrica no cotidiano das pessoas e para toda a economia. A propósito, as alíquotas dessas bebidas são menores até à do mínimo consumo de energia (de 300 kWh mensais), não havendo que se falar em qualquer razoabilidade da medida.

No mesmo sentir, o Estado de São Paulo, pelo Decreto Estadual nº 45.490/2000, determina a alíquota de 25% ao consumo mensal acima de 200 kWh, assim como às bebidas alcoólicas, aos perfumes e cosméticos, ao fumo, às embarcações de esporte e recreio, aos fogos de artifício, dentre outros itens supérfluos. E essa mesma porcentagem é aplicada a esses mesmos produtos não essenciais pelo Estado de Minas Gerais, à similitude da energia elétrica para consumo da classe Comercial e à destinada ao produtor rural (conforme art. 42 do Regulamento de ICMS do Estado).

Portanto, o exemplo da energia elétrica ilustra a faculdade do legislador ao analisar o cabimento da seletividade tributária, à medida que cada Estado estabelece alíquotas próprias para essas operações. Todavia, o que se observa das legislações colecionadas, é que o consumo de energia elétrica tende a ser equiparado a bens reconhecidamente supérfluos, tais como cigarros e bebidas alcoólicas, não obstante a sua relevância para a qualidade de vida das pessoas e para toda a ordem econômica.

Com efeito, de todo o modo, o que não se deve admitir é que a seletividade seja baseada em critérios de conveniência ao invés de justiça, sob pena de incrementar o já regressivo tributo sobre o consumo. E assim é que a pesada tributação da energia elétrica pelo ICMS, bem como outras questões, é levada para o Poder Judiciário que, a nível local, vem realizando um rígido controle das demandas envolvendo a matéria. No entanto, à semelhança do que ocorre no âmbito legislativo, a falta de critérios objetivos acerca da essencialidade dos produtos resulta em entendimentos conflitantes, o que será melhor analisado no tópico a seguir.

## **4.2 Do controle judicial**

Por conseguinte, muitas são as lides requerendo a aplicação de alíquotas mais baixas dentre aquelas previstas em legislações estaduais, inclusive com a adoção de alíquotas-gerais. Diante disso, a jurisprudência tem se dividido de acordo com o respectivo Estado, mormente porque o Pretório Excelso ainda não pacificou um entendimento acerca da matéria. Vejamos, a título de exemplo, as posições majoritárias dos Tribunais de Minas Gerais, Santa Catarina e Rio de Janeiro, cujos dispositivos legais já foram analisados no capítulo anterior.

Em sede da Apelação Cível nº 1.0153.15.008160-9/001, julgada em 2017, sob a relatoria do Desembargador Edilson Fernandes, o TJMG assentou o entendimento de que o critério a ser utilizado na graduação das alíquotas do ICMS fica ao alvedrio do Estado de Minas Gerais, ao argumento da literalidade do art. 155, §2º, III da CRFB. Isso porque,

em que pese a gritante essencialidade da energia elétrica, a seletividade seria obrigatória apenas para o IPI, e tão somente permitida em relação ao ICMS – logo, o legislador poderia ou não considerar a essencialidade para esse fim.

No mesmo sentir, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao analisar a Apelação Cível nº 0307832-74.2015.8.24.0023, no ano seguinte, entendeu que a aplicação da alíquota de 25%, (de praxe) não viola os preceitos constitucionais, em se tratando de um meio de arrecadação de receita aos cofres públicos, e que inclusive evita o desperdício. E, sob esse ponto, retomamos a discussão feita no capítulo anterior, quanto à importância de o legislador analisar a efetiva essencialidade de um produto ou serviço (na contramão da citada jurisprudência mineira), em detrimento da ânsia dos entes na arrecadação de receita.

A propósito, também foi no TJSC que as Lojas Americanas questionaram a aplicação do princípio da seletividade conforme art. 155, § 2º, III, da CRFB, sustentando ser desproporcional a equiparação da energia elétrica a bens considerados supérfluos, e não caber ao legislador estadual a inobservância daquela norma. E foi essa demanda que culminou no RE nº 714.139/SC, que se encontra pendente de julgamento no STF e cuja repercussão geral fora reconhecida.

Ainda, no sentido do questionamento feito pelas Lojas Americanas, em 2006, o Judiciário Fluminense reconheceu a inconstitucionalidade da alíquota de 25% aplicada às operações relativas à eletricidade, por entender que alíquotas ainda menores seriam aplicadas a mercadorias supérfluas e suntuosas, enquanto a eletricidade, de caráter essencial para toda a sociedade, mereceria uma tributação reduzida. E foi assim que, na ocasião, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro substituiu a referida alíquota pela porcentagem de 18%, em sentido diametralmente oposto da decisão do TJSC, ilustrando a enorme controvérsia jurídica a respeito do tema, enquanto não pacificado um entendimento pela Suprema Corte.

### **4.3 O critério da essencialidade**

Não obstante a ausência de critérios objetivos para a definição da essencialidade, pode-se dizer que há certo consenso doutrinário no tocante ao seu significado para o Direito Tributário. Com efeito, grande parcela dos autores caracteriza como essenciais os chamados produtos e serviços de primeira necessidade, sem os quais a subsistência humana não é possível. Nesse sentido, ainda que o conceito de subsistência também seja amplo, é certo que ele já estabelece maiores limites à definição da essencialidade que, conforme já visto, é objeto de controvérsia em todos os Poderes da República, mas principalmente no Legislativo e Judiciário.

À similitude, Hugo de Brito Machado (2008, p. 51-52) defende que uma “mercadoria essencial é aquela sem a qual se faz inviável a subsistência das pessoas, nas comunidades e nas condições de vida atualmente conhecidas entre nós”, interpretando o sentido literal

da palavra. Cite-se como exemplo, os gêneros alimentícios, remédios e itens de vestuário nesse diapasão, que são requisitos mínimos para toda e qualquer vida humana.

Na mesma linha de entendimento, Ricardo Lodi Ribeiro (2013, p. 131), sustenta que enquanto “os produtos mais essenciais para o consumo da população, como os gêneros de primeira necessidade, deverão ter alíquotas mais baixas”, “os bens de consumo supérfluo ou nocivos, como carros, bebidas, e cigarros, terão suas alíquotas estabelecidas em elevado patamar”, em consonância com a subsistência mencionada por Machado.

Entretanto, considerando que a dignidade da pessoa humana foi concebida como um macro princípio em nosso ordenamento jurídico, e que, via de consequência, a CRFB/1988 prevê uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais (nem sempre associados à subsistência do cidadão), é de se questionar se, realmente, apenas merece menor tributação o mínimo existencial e se tais necessidades humanas não de ser somente biológicas. A propósito, é certo que alimentos, remédios e vestuários são de fato essenciais para a sobrevivência humana. Contudo, seriam todas as suas espécies passíveis do benefício da redução?

Veja-se, como exemplo, o medicamento Nusinersena, popularmente conhecido como *Spinraza*, que atua retardando a Atrofia Muscular Espinhal (AME), caracterizada pela degeneração de neurônios motores. Nesse sentido, ainda que o fornecimento do *Spinraza* seja essencial à garantia da dignidade dos portadores de AME, cujo direito de acesso à saúde encontra respaldo constitucional, ele dificilmente é garantido pelo Poder Público, em razão de seu altíssimo custo (cerca de R\$ 145 mil reais a dose) e terapia de uso contínuo. Isso ilustra, enfim, que nem todos os itens essenciais à subsistência humana podem ser menos onerosos ao particular em detrimento do Estado, que, no caso da seletividade tributária, vê-se prejudicado pela diminuição na arrecadação de receitas.

Por conseguinte, observando o intuito do constituinte originário ao prever a seletividade tributária, bem como a razoabilidade esperada do legislador ao estabelecer as alíquotas do ICMS, de rigor que mercadorias popularmente associadas ao luxo recebam tributação mais elevada. Afinal de contas, ao serem adquiridas com finalidade majoritariamente recreativa, elas são desprovidas de caráter essencial, dispondo seus consumidores de riqueza suficiente para o custeio. Assim, figura-se mais proporcional ao próprio macro princípio da dignidade da pessoa e aos objetivos da República, que a arrecadação de receita estatal seja maior nessas hipóteses, por proporcionar a distribuição de recursos entre diferentes segmentos sociais.

Dessa forma, a seletividade acerca do “mínimo existencial” é providência que se impõe, cabendo a nós discutir, tão somente, se ela pode ser ampliada a outros produtos, que não de elevado valor ou luxuosos. Com efeito, a própria Constituição Federal de 1946, ao contrário da atual, previa expressamente em seu texto a imunidade tributária do “mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas

de restrita capacidade econômica”<sup>1</sup>, à semelhança do que a doutrina vem entendendo (TORRES, 2012).

Por sinal, com percepção semelhante, o jurista Ruy Barbosa Nogueira (1990, p. 11) ia além, ao defender a isenção tributária de bens indiscutivelmente considerados essenciais, de consumo popularizado. Vejamos:

Por exemplo, se artigo de consumo popular, não incidência, alíquota zero ou ínfima; se artigo de vício ou indesejável, alíquota proibitiva (poder de polícia); se artigo de luxo ou dispensável, alíquota comportável; se matéria prima, alíquota zero ou moderada etc.

Mas, para além dessas definições estritamente literais da essencialidade, há quem alinhe a indispensabilidade de mercadorias e serviços aos preceitos constitucionais, de modo mais amplo. É assim que, para Fábio Canazaro (2015, p. 112), eles seriam “indispensáveis à promoção da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça”, e não somente à sobrevivência humana.

E também porque, segundo Henry Tilbery (cerca de 1974), a “essencialidade” deveria ser observada não apenas sob o ponto de vista individual dos contribuintes, mas também das necessidades coletivas, compreendidas a partir dos objetivos e valores constitucionais. Nesta senda, tanto seria essencial a mercadoria consumida pelas camadas menos favorecidas da população, devido ao objetivo da República de “erradicar a pobreza e a marginalização” (artigo 3º, III, da CRFB/1988), como aquela que correspondesse aos auspícios da Ordem Econômica, diante do objetivo de “garantir o desenvolvimento nacional” (artigo 3º, II) (SCHOUERI, 2018). E dessa percepção, comungamos.

Note-se que o escopo do constituinte, ao prever a seletividade tributária, foi justamente conferir certa igualdade no consumo de determinados produtos, à medida que as capacidades dos contribuintes divergem. Sendo assim, é certo que a análise da essencialidade deve ir além do objetivo tributário, visando uma justiça social de fato. Nesse ponto, a mera redução das alíquotas do “mínimo existencial” não parece se coadunar com uma efetiva democratização do acesso a serviços e mercadorias, afinal, tão somente a sobrevivência dos cidadãos seria garantida, ignorando as existentes desigualdades sociais.

E, diga-se de passagem, que a dignidade da pessoa humana parece ir além do mínimo existencial, o que ilustramos com a seguinte canção:

Bebida é água  
Comida é pasto  
Você tem sede de quê?  
Você tem fome de quê?

A gente não quer só comida  
A gente quer comida, diversão e arte

<sup>1</sup> Art. 15. § 1º - São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.

A gente não quer só comida  
A gente quer saída para qualquer parte

A gente não quer só comida  
A gente quer bebida, diversão, balé  
A gente não quer só comida  
A gente quer a vida como a vida quer (...)

## 5 | CONCLUSÃO

Por todo o exposto, vê-se que o tema da seletividade tributária é deveras controverso em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição da República conferiu ampla discricionariedade aos legisladores estaduais no sentido de reconhecê-la, ponderando o caráter essencial de bens e serviços. Procurou-se, no presente artigo, ilustrar os mecanismos da seletividade nos impostos aos quais ela é aplicada, de forma a demonstrar que a essencialidade – conceito fundamental para o princípio da seletividade – não é unívoca, o que causa grande divergência doutrinária e insegurança jurídica. Inegável que o referido princípio é imprescindível para a redução das desigualdades de renda e social no Brasil, como ficou ilustrado, mas é necessário que se corrijam as controvérsias que acompanham a essencialidade e a seletividade.

Viu-se, por exemplo, que a seletividade que busca proteger a saúde do contribuinte, estabelecendo alíquotas mais elevadas para o cigarro, deságua em certa ambiguidade, no sentido de reduzir o número de tabagistas, ao passo que aumenta o consumo de produtos contrabandeados. Enquanto isso, as diferentes alíquotas fixadas à energia elétrica – elemento sabidamente essencial à qualidade de vida da população e à própria ordem econômica – se equiparam a mercadorias supérfluas, como bebidas alcoólicas e os mencionados cigarros, quando seu uso extrapola o limite fixado em lei.

Via de consequência, os Tribunais estaduais divergem a respeito do tema, considerando também a falta de critérios objetivos para a definição da essencialidade, enquanto não fixada uma tese em repercussão geral pelo Pretório Excelso. Mas de qualquer forma, enquanto pendente um julgamento definitivo pelo STF, é certo que para atender os objetivos do constituinte originário, a aplicação do princípio da seletividade deve se basear em critérios de justiça, e não de conveniência, sob pena de incrementar a regressividade da tributação sobre o consumo. Outrossim, para além do mínimo existencial, devem ser analisados outros produtos fundamentais à qualidade de vida, conforme o macro princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Arnaldo; FROMER, Marcelo; BRITO, Sergio. Comida. Intérprete: Titãs. In: Titãs. **Jesus não tem dentes no país dos banguelas**. Rio de Janeiro: WEA. 1 disco sonoro (LP). Lado A, faixa 2. 1987.

BASSETE, Fernanda. **ANVISA reduz em R\$ 9,2 milhões preço do remédio mais caro do mundo.** O Globo. 09 de dezembro de 2020. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/epoca/sociedade/anvisa-reduz-em-92-milhoes-preco-do-remedio-mais-car-do-mundo-1-24789281>>. Acesso em: 03 out. 2021.

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

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL, **Decreto nº 27.427, de 17 de novembro de 2000.** Disponível em: < <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=156885>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL, **Decreto nº 45.490, de 30 de novembro de 2000.** Disponível em: < <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2000/decreto-45490-30.11.2000.html>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL, **Lei nº 10.297, de 26 de dezembro de 1996.** Disponível em: < [http://leis.alesc.sc.gov.br/html/1996/10297\\_1996\\_Lei.html](http://leis.alesc.sc.gov.br/html/1996/10297_1996_Lei.html)>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Ordinária. ICMS. Energia Elétrica. Legitimidade Ativa. Consumidor. Alíquota. Princípio da seletividade. Aplicação facultativa. Inteligência do art. 155, §2º, III, da CR. Redução da alíquota e restituição de valores. Impossibilidade. **Apelação Cível nº 1.0153.15.008160-9/001**, Rel. Des. Edilson Fernandes, Minas Gerais, 14 de novembro de 2017. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/524306609/apelacao-civel-ac-10153150081609001-mg>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade. Artigo 2, inciso I do Decreto nº 32.646 do ano de 2003 do Estado do Rio de Janeiro, que regulamenta a Lei Estadual nº 4.056/2002 que instituiu o Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais. (...) Artigo 14, VI, item 2, e VIII, item 7 do Decreto nº 27.427 do ano de 2000 do Estado do Rio de Janeiro, que fixa a alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações. Desatenção aos princípios constitucionais da seletividade e essencialidade, dispostos no Artigo 155, §2º da CRFB. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 0021368-90.2005.8.19.0000**, Relator Des. Roberto Wider. Rio de Janeiro, 19 de abril de 2006. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003731CDFD2D4CCFFEF838633FC91B263F2F806C32B4E3D&USER=>>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança. Tributário. ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações. Alíquota de 25% (vinte e cinco por cento). Inexistência de violação ao princípio constitucional da seletividade. Denegação da segurança mantida. Recurso conhecido e desprovido. **Apelação Cível nº 0307832-74.2015.8.24.0023**, Relator Des. Cid Goulart. Santa Catarina, 30 de janeiro de 2018. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548977295/apelacao-civel-ac-3078327420158240023-capital-0307832-7420158240023>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CANAZARO, Fábio. **Essencialidade Tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 112.

CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. **Seletividade tributária: questões além do desestímulo ao consumo.** JOTA info. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/seletividade-tributaria-questoes-alem-do-desestimulo-ao-consumo-10032021> >. Acesso em 16 jun. 2021

DUTRA, Marcelo Haendchen; SOUZA, Tayana Silva. **Alíquotas do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) Aplicadas aos Serviços de Saúde: Uma Análise à Luz do Princípio da Seletividade**. Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2018. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/192635/Al%c3%adquotas%20do%20Imposto%20Sobre%20Servi%c3%a7os%20de%20Qualquer%20Natureza.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

FALCÃO, Maurin Almeida; OLIVEIRA, Luiz Fernando; SILVA, Acsa Reginaldo. **A seletividade do imposto sobre produtos industrializados como instrumento de intervenção do Estado na economia**. Revista Direito em Debate – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Ano XXVIII – n° 51, jan/jun. 2019. Disponível em: < <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8654>>. Acesso em : 16 jun. 2021

IMPOSTÔMETRO. **ICMS é 18,3% do total dos impostos arrecadados**. Disponível em: < <https://impostometro.com.br/Noticias/Interna?idNoticia=16>>. Acesso em: 03 out. 2021.

JANSEN, Roberta. **Com redução de 40% no número de fumantes, Brasil alcança meta da OMS**. Viva Bem Uol. 26 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/agencia-estado/2019/07/26/com-reducao-de-40-no-numero-de-fumantes-brasil-alcanca-metas-da-oms.htm>>. Acesso em: 04 de outubro de 2021.

LEITE, Aparecida Maria; MORAES, Ligia Maria Donini. **Princípio da seletividade ICMS sobre produtos essenciais com foco na energia elétrica**. Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade de Várzea Grande, Várzea Grande, 2016. Disponível em: < <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/272>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

LOPEZ, Victor Salles de Moura. **A visibilidade da seletividade tributária como mera faculdade do legislador estadual na tributação dos bens essenciais: uma crítica ao ICMS incidente sobre a energia elétrica**. Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 155, 2008, p. 48-56.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Princípio da seletividade do tributo em função da essencialidade do produto**, Revista dos Tribunais, ano 79, vol. 651, p. 8-15, jan. 1990.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Tributo – Teoria Geral e Espécies**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 131.

TILBERY, Henry. **O conceito de essencialidade como critério de tributação**. Estudos tributários (em homenagem à memória de Rubens Gomes de Sousa). Ruy Barbosa Nogueira (direção e colaboração). São Paulo: Resenha Tributária, s.d. (cerca de 1974), p. 307-348 (331).

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Tributário**, vol. 2. 2. ed., São Paulo: Renovar, 2012, p. 333.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

# CAPÍTULO 26

## CONTRATOS COLIGADOS

*Data de aceite: 01/03/2022*

**Camila Nava Aguiar**

**RESUMO:** O presente trabalho procura demonstrar a posição do Judiciário frente ao julgamento das novas relações contratuais, tão atuais, uma vez que não mais poderemos fazer um estudo separado e isolado dos contratos levando-se em conta apenas as suas diferentes espécies. O atual Código Civil não estabelece uma especificidade para seus diferentes tipos quando estes se apresentam interligados e conexos deixando, dessa forma, de apreciar e estabelecer regras para as modalidades conexas, através da qual há a formação de mais de uma relação jurídica. Sob uma ótica moderna, esse pensamento se assenta ao fato de duas ou mais relações contratuais estarem gerando uma nova espécie de contrato ainda não contemplado em lei, fazendo com que haja, portanto, uma dependência recíproca entre eles. Fato é que há uma pluralidade, ou seja, uma combinação de contratos não unidos pelos diferentes elementos, mas sim, uma reunião de contratos completos, cada qual com sua autonomia, própria do seu tipo e que, portanto, não poderão ser confundidos com os mistos, pois estes sim resultam da combinação dos diferentes elementos. Intimamente ligados ao princípio da boa fé objetiva, relacionado ao comportamento dos contratantes, essa relação é algo que transcende, uma vez que se leva em consideração a estreita relação à probidade. De igual importância exaltaremos o princípio

da função social do contrato, o da liberdade de contratar, da relatividade de seus efeitos, entre outros. Em consonância com a vida atual o texto abordará a origem, os princípios, as diferentes espécies e, em especial, os mais recentes julgados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos interligados, contratos mistos, relação jurídica, diferentes elementos, princípios.

**ABSTRACT:** The present work seeks to demonstrate the position of the Judiciary regarding the judgment of new contractual relationships, which are so current, since we will no longer be able to carry out a separate and isolated study of contracts, taking into account only their different species. The current Civil Code does not establish a specificity for its different types when they are interconnected and connected, thus failing to appreciate and establish rules for the related modalities, through which there is the formation of more than one legal relationship. From a modern perspective, this thought is based on the fact that two or more contractual relationships are generating a new type of contract not yet contemplated by law, causing, therefore, there is a reciprocal dependence between them. The fact is that there is a plurality, that is, a combination of contracts not united by the different elements, but a collection of complete contracts, each with its own autonomy, of its own type and which, therefore, cannot be confused with the mixed, as these result from the combination of different elements. Closely linked to the principle of objective good faith, related to the behavior of the contractors, this relationship is something that

transcends, since the close relationship to probity is taken into account. Of equal importance, we will exalt the principle of the social function of the contract, the freedom to contract, the relativity of its effects, among others. In line with current life, the text will address the origin, principles, different species and, in particular, the most recent judged.

**KEYWORDS:** Interlinked contracts, mixed contracts, legal relationship, different elements, principles.

## CAMINHOS INTRODUTÓRIOS

O trabalho “Contratos Coligados” está intimamente ligado à sua importância prática frente à nova forma de julgamento nas diversas relações contratuais, visto que, os contratos em geral, em consonância com a vida atual e moderna, não mais se submetem a uma apreciação isolada e sim a uma análise de forma conexa e interligada.

Com o advento do século XX, a teoria dos contratos coligados surgiu a partir da percepção dessa necessidade, qual seja, a jurisprudência levando em consideração a renovação das estruturas contratuais tradicionais e o liame entre elas.

Assim, esse estudo nasce da combinação e adaptação das várias espécies de contratos diante da complexidade das diversas relações.

O primeiro capítulo aborda a evolução histórica do direito contratual, não podendo ser esta desprezada na abordagem de qualquer assunto jurídico. Assim, tem-se em sua concepção social um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal e tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes.

Para efeitos concretos, a vontade contratual não prescinde do trabalho de hermenêutica realizado pelas próprias partes, nas suas relações jurídicas, e pelo magistrado, na hipótese de conflito de interesse. Pode-se dizer que as regras de interpretação dos contratos previstas no Código Civil dirigem-se primeiramente às partes, que são as principais interessadas em seu cumprimento e, não havendo entendimento entre elas a respeito do exato alcance da avença e do sentido do texto por elas assinado, a interpretação deverá ser realizada pelo juiz.

Os princípios constituem normas da mais alta generalidade e abstração, por tal motivo foram objeto de estudo no segundo capítulo. Alguns princípios contratuais são fundamentais para se estabelecer um equilíbrio sólido e justo na elaboração do contrato, por isso, serão analisados os principais preceitos contratuais com especial ênfase à boa-fé objetiva e a função social do contrato, incorporados ao Código Civil.

O terceiro capítulo define o conceito de “contratos coligados”, adentrando diretamente no tema do trabalho podendo os mesmos ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou

recíproca.

Por fim, a reiterada decisão frente à realidade da conexão entre os contratos tem feito frente a uma prática comum perante decisões de primeira e segunda instâncias, referidos julgados encontram-se no capítulo quarto.

## **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO, SUA FUNÇÃO SOCIAL E SEUS REQUISITOS DE VALIDADE**

Para Venosa (*apud*, Gonçalves, 2009, p. 3) o Código Napoleão foi a primeira grande codificação moderna. A exemplo do direito romano, considerava a convenção o gênero, do qual o contrato era uma espécie. Idealizado sob o calor da Revolução de 1789, o referido diploma disciplinou o contrato como mero instrumento para aquisição da propriedade. O acordo de vontades representava, em realidade uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias. A transferência de bens passava a ser dependente exclusivamente da vontade.

A respeito da concepção histórica do contrato, segundo a lição de Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 39) tem-se que:

*“foi na época clássica que se começou introduzir efetivamente o elemento do acordo contratual no conceito de “contractus”, assim, se alcançando o conceito técnico e mais estrito de contrato, como ‘contrato obrigacional’. Nesse diapasão, poderia imaginar que fora em Roma que se deu o surgimento do negócio jurídico contratual. Mas não foi. O fato de o Direito Romano ter sido a principal fonte histórica dos sistemas jurídicos ocidentais não significa que todos os institutos hodiernamente conhecidos tenham sido forjados, pela primeira vez na história da humanidade, em seus cadinhos de normas. Aliás, esse é um ponto que devemos ter o cuidado de realçar, pois, em geral, a doutrina costuma iniciar a investigação histórica de um instituto em Roma, muito embora o berço da civilização houvesse sido forjado na Grécia, Estado que não prescindia de uma ordem jurídica”.*

Acrescentado pelo pensamento do autor Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 39) a contribuição inegável da origem histórica do contrato advém do movimento iluminista francês, o qual, segundo uma escancarada vocação antropocêntrica, firmara a vontade racional do homem como o centro do universo, determinando assim, uma supervalorização da força normativa do contrato, levada às suas últimas consequências pela consagração fervorosa do *“pacta sunt servanda”*.

Segundo Alves (*apud*, Gonçalves, 2009, p. 5) a concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes.

Efetivamente, o dispositivo supratranscrito subordina a liberdade contratual à sua função contratual, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública.

Considerando que o direito de propriedade, que deve ser exercido em conformidade com a sua função social, proclamada na Constituição Federal, se viabiliza por meio dos contratos, o novo Código estabelece que a liberdade contratual não pode afastar-se daquela função (GONÇALVES, 2009, p. 5).

Martins-Costa (*apud*, Gonçalves, 2009, p. 5), nessa mesma linha, entende que:

*“a função social é, evidentemente, e na literal dicção do artigo 421 (Código Civil), uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual. Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo artigo 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias. Todavia, adverte que o citado artigo não representa apenas uma restrição à liberdade contratual, pois tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma exceção a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito”.*

Assim, dispõe o artigo 51, CDC:

“São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

**I** - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

**II** - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

**III** - transfiram responsabilidades a terceiros;

**IV** - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

**V** - (Vetado)

**VI** - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

**VII** - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

**VIII** - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

**IX** - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

**X** - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

**XI** - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

**XII** - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

- XIII** - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
- XIV** - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
- XV** - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.
- XVI** - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias”.

A importância do contrato não se restringe às partes contratantes, mas transcende os interesses destas, em decorrência da função social, prevista expressamente no art. 421 do Código Civil, que é claro ao dispor que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Nas principais mudanças no âmbito dos contratos, observa-se a implementação de cláusulas gerais em paralelo às normas marcadas pela casuística.

Nery Junior (*apud*, Gonçalves, 2009, p. 7):

*“Cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São elas formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral”.*

Assim, segundo o referido autor, o juiz poderá preencher os claros do que significa essa “função social”, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz (NERY JUNIOR, *apud* GONÇALVES, 2009, p. 8).

Desta feita, pode-se extrair que a doutrina das obrigações contratuais tem como escopo caracterizar o contrato, abrangendo nesse conceito todos os negócios jurídicos resultantes do acordo de vontades, de modo a uniformizar sua feição excluir, assim, quaisquer controvérsias, seja qual for o tipo de contrato, desde que se tenha acordo bilateral ou plurilateral de vontades” (DINIZ, 2009, p. 9).

Pelas obrigações patrimoniais privadas decorrentes das relações concretas entre particulares, tendo como objeto determinada prestação, os contratos são a principal fonte de obrigação, segundo Limongi França (*apud*, DINIZ, 2009, p. 3):

*“A fonte das obrigações é o fato jurídico, uma vez que o fato jurídico lato sensu é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, dentre eles os obrigacionais, impulsionando a criação da relação jurídica e concretizando as normas de direito. Deveras, do direito objetivo não surgem os direitos subjetivos; é necessária uma força de propulsão ou causa que se denomina fato jurídico. Somente a ocorrência de um fato qualificado gera uma obrigação, ou seja, apenas o fato, estribado no direito objetivo, dá azo a que se crie a relação obrigacional, que atinge o indivíduo em sua liberdade, restringindo-a, para torná-lo vinculado ao poder de outra pessoa”.*

Assim, a vontade contratual, para efeitos concretos, não prescinde do trabalho de

hermenêutica realizado pelas próprias partes, nas suas relações jurídicas, e pelo magistrado, na hipótese de conflito de interesse. Pode-se dizer que as regras de interpretação dos contratos previstas no Código Civil dirigem-se primeiramente às partes, que são as principais interessadas em seu cumprimento. Não havendo entendimento entre elas a respeito do exato alcance da avença e do sentido do texto por elas assinado, a interpretação deverá ser realizada pelo juiz, como representante do Poder Judiciário. Acrescentando, diz-se que a interpretação contratual é declaratória quando tem como único escopo a descoberta da intenção comum dos contratantes no momento da celebração do contrato; e construtiva ou integrativa, quando objetiva o aproveitamento do contrato, mediante o suprimento das lacunas e pontos omissos deixados pelas partes” (GONÇALVES, 2009, p.41).

O novo Código Civil reconhece a correção monetária mais juros, segundo índices. Venosa (*apud*, Gonçalves, 2009 p. 42):

*“Se os contratantes, por exemplo, estipularem determinado índice de correção monetária nos pagamentos e esse índice é extinto, infere-se que outro índice próximo da correção deve ser aplicado, ainda que assim não esteja expresso no contrato, porque a boa fé e a equidade que regem os pactos ordenam que não haja injusto enriquecimento com a desvalorização da moeda”.*

Dessa forma, segundo Diniz (2009, p. 19), pode-se extrair o conceito e requisitos de validade do contrato: “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.

Os requisitos estão elencados em nosso atual Código Civil (artigo 104, incisos I, II e III): Subjetivos: existência de duas ou mais pessoas, capacidade genérica para praticar os atos da vida civil, aptidão específica para contratar, consentimento das partes contratantes; Objetivos: licitude do objeto do contrato, possibilidade física ou jurídica do objeto do negócio jurídico, determinação do objeto contratado; forma prescrita ou não defesa em lei.

Gonçalves (2009, p. 5):

*“o contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Sendo assim, o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.*

Gonçalves (2009, p. 14): “Os requisitos de validade do contrato podem, assim, ser distribuídos em três grupos: subjetivos, objetivos e formais”.

Assim, os requisitos subjetivos consistem em:

- a. Manifestação de duas ou mais vontades e capacidade genérica dos contraentes: a capacidade exigida nada mais é do que a capacidade de agir em geral, que pode inexistir em razão da menoridade, da falta do necessário discernimento ou de causa transitória (CC, art. 3º), ou ser reduzida nas hipóteses mencionadas no artigo 4º do Código Civil.

- b. Aptidão específica para contratar: algumas vezes, para celebrar certos contratos, requer-se uma capacidade especial, mais intensa que a normal, como ocorre na doação, transação, na alienação onerosa, que exigem a capacidade. Outras vezes, embora o agente não seja um incapaz, genericamente, deve existir a outorga uxória ou consentimento dos descendentes e do cônjuge do alienante. Essas hipóteses não dizem respeito propriamente à capacidade geral, mas à falta de legitimação ou impedimentos para realização de certos negócios.
- c. Consentimento: este deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, fraude, etc.

Já os requisitos objetivos dizem respeito ao objeto do contrato, que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

O terceiro requisito de validade do negócio jurídico é a forma que é o meio de revelação da vontade; deve ser prescrita ou não defesa em lei.

Acrescentando o estudo pela evolução histórica dos contratos tem-se que, no início do século XX, houve a percepção da necessidade de adaptação e combinação dos tipos contratuais à realidade das operações econômicas, surgindo, assim, a teoria dos contratos coligados. A partir de então, com o estímulo de uma jurisprudência que não tardou a perceber a importância prática da nova categoria dogmática, a teoria desenvolveu-se enormemente, servindo de constante apoio ao jurista em face da complexidade cada vez maior das relações econômicas (DE CRESCENZO MARINO, 2010, Introdução).

Nesse sentido, a doutrina italiana atual, por vezes, minimiza a distinção entre unidade e pluralidade contratual, propugnando o tratamento dos contratos coligados “como se constituíssem contrato único”. Da mesma forma, partes de contratos coligados tornam-se automaticamente “partes da operação”, mesmo quando configuram em contratos distintos. É o que basta para afastar a condição de terceiro em relação aos demais partícipes da operação econômica” (DE CRESCENZO MARINO, 2010, Introdução).

Ante ao exposto, faz-se necessário justificar a viabilidade da teoria dos contratos coligados no atual estágio da dogmática contratual, devendo portanto analisar a construção da teoria dos contratos coligados a partir das doutrinas italiana e francesa, pois são as que mais contribuíram para a sua difusão nos sistemas jurídicos da família romano-germânica (DE CRESCENZO MARINO, 2010, Introdução).

A doutrina italiana foi construída em torno da categoria dos “*contratti collegati*”, modernamente buscando tratar, sob tal conceito, de todas as hipóteses de contratos unidos por uma relação de dependência unilateral ou recíproca. Já o marco inicial da doutrina francesa foi dedicada aos “*groupes de contracts*”. Atualmente, tem merecido importância a categoria dos “*ensembles contractuels indivisibles*”, subespécie de grupo de contratos que mais se assemelha aos “*contratti collegati*”. (DE CRESCENZO MARINO, 2010, Introdução).

## CONTRATOS: PRINCÍPIOS E CLASSIFICAÇÃO

### Princípio da supremacia da ordem pública

Segundo Rodrigues (*apud*, Gonçalves, 2009, p. 23), “a ideia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incube à sociedade preservar”.

Gonçalves (2009, p. 23) “a intervenção do Estado na vida contratual é hoje, tão intensa em determinados campos (telecomunicações, consórcios, seguros, sistema financeiro etc.) que se configura um verdadeiro dirigismo contratual”.

### Princípio do Consensualismo

Segundo Bittar (*apud*, Gonçalves, 2009, p. 26): “sendo o contrato corolário natural da liberdade e relacionado à força disciplinadora reconhecida à vontade humana, tem-se que as pessoas gozam da faculdade de vincular-se pelo simples consenso”.

### Princípio da relatividade dos efeitos do contrato

Segundo Gonçalves (2009, p. 26):

*“funda-se tal princípio na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestarem a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio”. Vale ressaltar, porém: “que o referido princípio, embora ainda subsista, foi bastante atenuado pelo reconhecimento de cláusulas gerais, por conterem normas de ordem pública, não se destinam a proteger unicamente os direitos individuais das partes, mas tutelar o interesse da coletividade, que deve prevalecer quando em conflito daqueles”.*

### Princípio da obrigatoriedade dos contratos

Para Gonçalves (2009, p. 28):

*“O princípio em epígrafe, também denominado princípio da intangibilidade dos contratos, representa a força vinculante das convenções. Daí porque é também chamado de princípio da força vinculante dos contratos. Como forma as partes que escolheram os termos do ajusta e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação dos princípios de equidade. O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada”.*

Vale expressar que única limitação a esse princípio poderá ser arguida em caso fortuito ou força maior (CÓDIGO CIVIL, 2002, art. 393, parágrafo único).

### Princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva

De acordo com Gonçalves (2009, p. 23):

“A teoria recebeu o nome de *rebus sic stantibus* e consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução

diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários, que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente”.

## Princípio da boa fé e da probidade

Ainda segundo o mesmo autor (Gonçalves, 2009, p. 35):

“O princípio da boa fé se biparte em boa fé subjetiva, também chamada de concepção psicológica da boa fé e boa fé objetiva, também denominada concepção ética da boa fé. Todavia, a boa fé que constitui inovação do Código de 2002 e acarretou profunda alteração no direito obrigacional clássico é objetiva, que se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comporta-se de boa fé nas suas relações recíprocas. Classifica-se, assim, como regra de conduta”.

## CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

### Contratos considerados em si mesmos

A classificação dos contratos é necessária para posicioná-lo corretamente no âmbito do negócio jurídico. Assim, na medida em que há a análise de sua classificação, é possível traçar as consequências jurídicas das diferentes espécies.

### Quanto à natureza da obrigação

- Contratos unilaterais, bilaterais, plurilaterais

Assim dispõe Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 154):

*“Toda relação contratual pressupõe a existência de duas ou mais manifestações de vontade. Todavia, isso não quer dizer que produza, necessariamente, efeitos de natureza patrimonial para todas as partes. Assim, na medida em que o contrato implique direitos e obrigações para ambos contratantes ou para apenas um deles, será bilateral”.*

Acrescentando, ainda de acordo com o mesmo autor (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 154):

*“Nessa classificação, é possível falar, por certo, em uma visão plurilateral, desde que haja mais de dois contratantes com obrigações, como é o caso do contrato de constituição de uma sociedade ou de um condomínio. Nessa linha, quando o contrato estabelecer apenas uma ‘via de mão única’, com as partes em posição estática de credor e devedor, pelo fato de se estabelecer uma prestação pecuniária apenas para uma das partes, como na doação simples, falar-se-á em contrato unilateral. Já no contrato bilateral (ou no plurilateral), tem-se a produção simultânea de prestações para todos os contratantes, pela dependência recíproca das obrigações (sendo uma a causa de ser da outra), o que é chamado de sinalagma, motivo pelo qual tais contratos também são,*

*em geral, conhecidos como sinalagmáticos ou de prestações correlatas”.*

#### - Contratos onerosos ou gratuitos

Assim dispõe Venosa *apud*, Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 157):

*“Nos contratos gratuitos, toda a carga contratual fica por conta de um dos contratantes; o outro só pode auferir benefícios do negócio. Daí a denominação também consagrada de contratos benéficos. Inserem-se nessa categoria a doação sem encargo, o comodato, o mútuo sem pagamento de juros, o depósito e o mandato gratuitos. Há uma liberalidade que está insita ao contrato, com a redução do patrimônio de uma das partes, em benefício da outra, cujo patrimônio se enriquece”.*

Como esclarece Gonçalves (*apud*, Stolze Gagliano e Pamplona Filho, 2010, p. 158):

*“Em geral, todo contrato oneroso é, também, bilateral. E todo unilateral é, ao mesmo tempo, gratuito. Não, porém, necessariamente. O mútuo feneratício ou oneroso (em que é convencionado o pagamento de juros) é contrato unilateral e oneroso. Unilateral porque de natureza real: só se aperfeiçoa com a entrega do numerário ao mutuário, não bastando o acorde de vontades. Feita a entrega quando o contrato passa a produzir efeitos, nenhuma outra obrigação resta ao mutuante. Por isso se diz que gera obrigação somente para o mutuário. Como exemplo de contrato que pode ser bilateral e gratuito menciona-se o mandato, embora se trate de bilateral imperfeito, visto que, para o mandante, a obrigação surge, em geral, ‘a posteriori’ (a de pagar as despesas necessárias à sua execução, por exemplo)”.*

#### - Contratos comutativos ou aleatórios

Os contratos onerosos subdividem em comutativos e aleatórios. Quando as obrigações se equivalem, conhecendo os contratantes, *ab initio*, as suas respectivas prestações, como, por exemplo, na compra e venda ou no contrato individual de emprego, fala-se em um contrato comutativo. Já quando a obrigação de uma das partes somente puder ser exigida em função de coisas ou fatos futuros, cujo risco da não ocorrência for assumido pelo outro contratante, fala-se em contrato aleatório ou de esperança (STOLZE GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 159).

#### - Contratos paritários ou por adesão

Na hipótese de as partes estarem em iguais condições de negociação, estabelecendo livremente as cláusulas contratuais, na fase de pontuação, fala-se na existência de um contrato paritário, diferentemente do contrato de adesão, que pode ser conceituado simplesmente como o contrato onde um dos pactuantes predetermina (ou seja, impõe) as cláusulas do negócio jurídico. Trata-se de um fenômeno típico das sociedades de consumo, que não mais prescindem, por inegáveis razões econômicas, das técnicas de contratação em massa (STOLZE GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 163).

#### - Contratos evolutivos

Nas próprias palavras de Wald (“*apud*”, Stolze Gagliano e Pamplona Filho, 2010, p. 166):

*“Nos contratos de direito público e nos contratos de direito privado a eles vinculados ou equiparados, uma parte das cláusulas se rege pela vontade das partes e outra obedece à normas legais que evoluem no tempo e cujas alterações modificam o contrato, embora mantida a equação contratual, ou seja, a relação entre deveres e obrigações dos contratantes. Em tais hipóteses, a intangibilidade do contrato não significa a imutabilidade de suas cláusulas, tão somente, a manutenção da chamada equação econômico-financeira do contrato que representa o relacionamento entre os direitos e obrigações de um dos contratantes e os de outro”.*

## **Quanto à disciplina jurídica**

Segundo Stolze Gagliano e Pamplona (2010, p. 167):

*“Distinguir os contratos civis e comerciais era uma imposição legal, por força da necessidade de verificar quais os preceitos a eles aplicáveis, a saber, os contidos no Código Civil e no Código Comercial. Com a unificação da disciplina das obrigações civis e comerciais, pelo advento do novo Código Civil brasileiro, a distinção perdeu muito o interesse. Vale registrar, porém, que a classificação dos contratos quanto à disciplina jurídica não deve limitar-se a tal dicotomia. De fato, novos microssistemas jurídicos há muito se emanciparam do Direito Civil clássico, tendo, porém, no contrato, também a sua manifestação básica, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor”.*

## **Quanto à forma**

- Solene ou não solenes

“O princípio da liberdade da forma é regente de todo o nosso sistema regulador do negócio jurídico, pelo que, como regra geral, os negócios tem forma livre. Assim, os negócios formais ou solenes, definitivamente, não podem ser considerados a regra em nosso Direito como o eram no Direito Romano. Nessas situações excepcionais, porém, em que há imposição de um determinado revestimento formal para a validade do negócio jurídico (seja por uma forma especial ou por uma solenidade na sua celebração), diz-se que o negócio é *ad solemnitatem*” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 169).

- Consensuais ou reais

“Em relação à maneira (forma) pela qual o negócio jurídico é considerado ultimado, ainda nesta classificação quanto à forma, os contratos podem ser consensuais, se concretizados com a simples declaração de vontade, ou reais, na medida em que exijam a entrega da coisa, para que se repute existentes. São exemplos de contratos consensuais todos aqueles não solenes, ou seja, que a ordem jurídica não exige nenhuma forma especial para sua celebração, tais como a compra e venda de bem móvel, locação, parceria rural, mandato, transporte e emprego. São exemplos de contratos reais o comodato, o mútuo, o depósito e o penhor” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 170).

## **Quanto à pessoa do contratante**

- Pessoais ou impessoais

“Os contratos pessoais, também chamados de personalíssimos, são os realizados *intuitu personae*, ou seja, celebrados em função da pessoa do contratante, que tem influência decisiva para o consentimento do outro, para quem interessa que a prestação seja cumprida por ele próprio, pelas suas características particulares (habilidade, experiência, técnica, idoneidade, etc). Nessas circunstâncias, é razoável se afirmar, inclusive, que a pessoa do contratante torna-se um elemento causal do contrato. Já os contratos impessoais são aqueles em que somente interessa o resultado da atividade contratada, independentemente de quem seja a pessoa que irá realizá-la” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 172).

- Individuais ou coletivos

Ainda conforme Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 173), na classificação quanto à pessoa do contratante tem-se que:

*“a concepção tradicional do contrato se refere a uma estipulação entre pessoas determinadas, ainda que em número elevado, mas consideradas individualmente. Todavia, ao se falar em contrato coletivo, também chamado de contrato normativo, tem-se uma transsubjetivação da avença, alcançando grupos não individualizados, reunidos por uma relação jurídica ou de fato”.*

## CARACTERÍSTICAS

### Contratos coligados

Segundo Marino (2010, p. 99):

*“Contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca. Assim, a existência de dois ou mais contratos distingue a coligação contratual de algumas figuras de contrato único que podem com ela se confundir (contratos complexos, mistos e plurilaterais), contribuindo para delimitá-la de modo adequado. Já o vínculo contratual possui aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, o que diferencia a coligação em relação à pluralidade de contratos independentes”.*

Azevedo *“apud”*, Marino (2010, p.100), “Há hipóteses nas quais a própria lei estipula a separação negocial. Assim, em geral, nos casos de abstração, como se verifica em algumas normas que desvinculam os títulos de crédito do negócio subjacente (artigos 888, 906, 915 e 916 do Código Civil)”.

Tendo por escopo ilustrar a abordagem em tela, imprescindível se torna citar, na integralidade, os dispositivos legais acima referidos:

*“Artigo 888, Código Civil: A omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem.*

*Artigo 906, Código Civil: O devedor só poderá opor ao portador exceção fundada em direito pessoal, ou em nulidade de sua obrigação.*

*Artigo 915, Código Civil: O devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício da ação.*

*Artigo 916, Código Civil: As exceções, fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé.*

Pelos negócios jurídicos complexos tem-se que a coligação contratual pressupõe a pluralidade de contratos, importante ressaltar que estes não necessariamente devem fazer-se coexistentes.

Pontes de Miranda (*apud*, Marino, 2010, p.109) distingue claramente a unidade da pluralidade negocial. Assim: “A unidade negocial não advém da mera existência de um só instrumento negocial, nem do fato de a parte ou as partes do negócio serem formadas por um só figurante, tampouco da dependência recíproca das manifestações de vontade (pois há coligações com semelhante dependência). A unidade do negócio jurídico manifesta-se em relação ao trato do negócio jurídico, sendo único também o contrato em que se combinam elementos de tipos contratuais diversos, subordinados à especificidade preponderante e ao fim comum do negócio jurídico complexo (misto)”.

Pelo plano contratual deve-se haver a distinção entre contratos coligados, ou seja, define-se pela pluralidade de contratos e contratos complexos e mistos em que há a unidade contratual.

Assim, o contrato misto é definido, doutrinariamente, como o contrato em que se combinam elementos próprios de tipos contratuais diversos em que o conteúdo contratual é formado por elementos típicos de vários contratos. Dessa forma, o que garante a unidade do contrato misto é que os elementos dos diversos tipos contratuais se subordinam à mesma causa, falando-se em unidade de causa e em causa mista, subordinando-se ao fim comum do contrato.

Para a doutrina da coligação contratual há uma preocupação, desde o início de sua formulação com critérios distintivos entre contrato misto e coligamento contratual (MARINO, 2010, p.112).

Sabe-se que a distinção entre unidade contratual e pluralidade contratual unida é delicada, havendo mesmo quem renuncie à elaboração de critério preciso. Nesse sentido, Andreas Von Thur (*apud* MARINO, 2010, p. 119).

*“ao tratar da unidade e pluralidade do negócio jurídico, observa que em matéria de identidade e unidade de figuras jurídicas não existe um critério seguro. Não obstante, considera que, no campo dos negócios jurídicos inter vivos, a unidade do ato não implica necessariamente a unidade do negócio, requer-se também que os efeitos jurídicos que foram estabelecidos contemporaneamente, por seu fim e significação econômica se relacionem intimamente entre si”.*

Nesse sentido, os contratos plurilaterais são aqueles eficazes perante três ou mais partes, tendo normalmente como escopo associativo, como o contrato de sociedade e o contrato de consórcio interempresarial, porém, sabe-se que há uma controvérsia tanto sobre a admissibilidade da figura quanto sobre algumas de suas possíveis hipóteses, porém, há casos, pacífico de contratos plurilaterais, cuja subespécie é o contrato trilateral, quer se o s entenda como contratos associativos ou como contratos de troca (cessão de posição contratual, contrato de transação com mais de duas partes, contrato de divisão de bens com mais de duas partes e alguns contratos imobiliários com mais de duas partes, envolvendo construção de imóvel e permutas sucessivas).

Importante salientar que a categoria dos contratos plurilaterais é bastante restrita, dependendo de uma comunhão de interesses entre todas as partes. Exemplificando, pode-se pensar a respeito dos casos de financiamento de venda para consumo, nos quais, não obstante a atuação das partes que não configuram em ambos os contratos coligados (o financiador e o vendedor), a participação de cada uma refletirá em interesses claramente distintos (MARINO, 2010, p.123).

### **Nexo entre contratos coligados**

Segundo Marino (2010, p. 132):

Há uma contraposição entre: autonomia estrutural e nexo funcional dos contratos coligados, sendo que a autonomia estrutural significa que cada um dos contratos coligados conserva a própria estrutura, isto é, a própria forma e o próprio conteúdo, já o nexo funcional, por ele, entende-se que a coligação visa a um determinado resultado econômico e funcional.

Assim, Mota Pinto (*apud* Marino, 2010, p. 132) traça a seguinte observação:

*“O fim contratual provoca uma síntese das várias partes componentes da relação obrigacional complexa numa ‘unidade mais elevada’, constituindo a relação contratual um ‘todo unitário’. Dessa forma, ao realizarem um qualquer negócio jurídico (nominado ou inominado), têm as partes interesse na realização de determinado escopo. Ora, é este escopo ou fim contratual que conforma o conteúdo da relação contratual emergente do negócio”.*

### **Consequências no mundo jurídico**

Pelas referidas consequências há a coligação fática contratual, pois as mesmas decorrem da qualificação dos atos de vontade que possam, futuramente, motivar a lide. A existência de contratos coligados não implica, necessariamente, a verificação de todas essas consequências, pois a intensidade maior ou menor das coligações depende de sua aptidão em potencial.

Assim, se faz necessário fazer uma interpretação objetiva prevista em lei.

Artigo 112 do Código Civil: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Artigo 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Dessa premissa há de salientar que a coligação composta por contratos celebrados entre as mesmas partes apresenta maior propensão à produção de consequências jurídicas se comparada à coligação composta por contratos celebrados entre partes distintas.

Segundo Marino (2010, p. 142):

*“A menor intensidade desta coligação ocorrerá, especialmente, naquelas hipóteses em que um dos figurantes, parte somente em um dos contratos coligados, permanece estranho ao ato de coligação. Dessa forma, eventual relação de “terceiro” com uma das partes poderá, ao contrário, levar à presunção de que participou daquele ato. Assim, quando houver **relação de parentesco próxima**, ou quando se tratar de pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo societário”.*

É de suma importância citar, a respeito da *relação de parentesco próxima*, que, segundo julgado pela Corte de Cassação italiana em 21 de outubro de 1983, houve o reconhecimento da existência da coligação entre trespasse de estabelecimento farmacêutico e locação do imóvel que funcionava a farmácia, tendo em vista que a cedente do estabelecimento era a filha da locadora (ELENA PAOLINI, *La causa del contratto*, cit., p. 598 a 602; AURELIO GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli: Jovene, 1990, p. 72, 73 e 241, nota 59).

Diante do exposto, a conclusão doutrinária parte da premissa de que nem toda parte de um contrato coligado é parte da coligação contratual. Entende-se que a coligação contratual é um acordo pelo qual se tem como objeto o estabelecimento de vínculo entre contratos.

## Interpretação dos contratos coligados

A interpretação dos contratos coligados é afetada pela tipicidade ou pela atipicidade da coligação. Com efeito, diversas coligações voluntárias tornam-se, por conta de sua prática reiterada, socialmente típicas, o que pode gerar a presunção de que o conteúdo contratual *in concreto* corresponda ao modelo de coligação socialmente típico. É o caso, dentre tantos outros, da coligação entre contrato e franquia e contrato de locação ou sublocação de imóvel destinado a viabilizar o estabelecimento franqueado; ou da união de contrato de financiamento e venda para consumo (MARINO, 2010, p.146).

## JULGADOS

### Contratos Coligados

Messina (*apud*, Marino, 2010, p. 46), ensina-nos:

*“apresenta a construção romana do negócio fiduciário como resultado de um ‘emparelhamento’ de dois contratos, refere a união de contratos de vários*

*trechos de sua obra sobre o negócio fiduciário. Na passagem mais significativa, observa que, na hipótese de o escopo econômico visado pelas partes não se mostrar diretamente realizável, deve-se proceder a uma construção jurídica a fim de conservar o contrato celebrado. Nesse ponto, contrapõe a construção de uma declaração contratual única como contrato misto à sua cisão em dois contratos coexistentes, autônomos e independentes. Assevera, então que, por admitir largamente os contratos mistos, a construção de pluralidade de contratos deve limitar-se às hipóteses nas quais houver 'razão íntima contrária à redução dos diversos elementos individualizados à unidade que, a seu favor, possui já a exterioridade material do comportamento das partes, a unitas actus'.*

Os contratos coligam-se no sentido de firmarem uma responsabilidade solidária com a existência do nexos causal, aduz, portanto, a viabilidade de serem considerados conexos. Tal fato geralmente é observado em prestações de serviços que envolvem, em um dos polos, o consumidor e em contrapartida a prestadora de serviço e instituição financeira que, geralmente em conluio, realizam contratos "independentes", mas que na verdade apresentam-se como um encadeamento de atos carregados de vícios e defeitos entre os contratos. Dessa forma, pode-se dizer que há uma comunicabilidade entre os mesmos, o que acarreta em responsabilidade solidária.

O Tribunal de Justiça do estado de São Paulo já vem posicionando-se nesse sentido, mantendo decisões de primeira instância em que sentenciam pela ausência da autonomia entre os contratos, mantendo a comunicabilidade entre eles, além de estarem sujeitos a uma responsabilidade objetiva pelos danos causados frente ao consumidor.

**1) ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial**

**APELAÇÃO nº0061656-32.2012.8.26.0100**

Comarca : São Paulo – 2ª Vara de Falências e  
Recuperações Judiciais

Apelante : Banco Cacique S/A

Apeladas : Imbra S/A (massa falida); Rosi Marli

Aparecida Leide Grella (justiça gratuita)

Interessada : Arbeit Investimentos S/A

VOTO Nº 25.786

Apelação. Direito empresarial. Falência. Prestação de serviços odontológicos e de financiamento bancário. Contratos coligados.

Inadimplemento da prestadora de serviços odontológicos. Impossibilidade de cobrança de valores do contrato de financiamento pelo banco. Devolução que é medida de rigor.

Sentença mantida. Apelo a que se nega provimento.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se pronunciou no sentido que as

cláusulas contratuais e a respectiva verificação da validade implica em reexame de norma infraconstitucional, insuscetível de reapreciação em sede recursal, nos termos da Súmula 454 da aludida Corte (Precedentes: RE 599.127-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, Dje de 04/03/11, e AI 829.036-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 24/03/11), *in verbis*:

Súmula 454, STF: “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”.

Assim, conforme já assinalado em decisão agravada, a controvérsia foi decidida à luz da interpretação da legislação infraconstitucional, das cláusulas contratuais e na análise do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da referida súmula.

## **2) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 742.275**

**PROCED. : SÃO PAULO**

**RELATOR: MIN. LUIZ FUX**

AGTE. (S): AYMORE CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A

ADV.(A/S): OSMAR MENDES PAIXAO CÔRTEZ E OUTRO(A/S)

AGDO. (A/S): WASHINGTON CRISTIANO DIAS

ADV.(A/S): LIGIA PEREIRA MUNHOZ E OUTRO(A/S)

INTDO. (A/S) : RODOBENS COMERCIO INTERNACIONAL S/A

ADV.(A/S): PAULO CESAR DE CASTILHO

**Decisão:** A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 13.8.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza, Secretária da Primeira Turma

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. RESCISÃO CONTRATUAL. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA FLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. ÓBICE DA**

**SÚMULA 454 DO STF. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA.**

**1.** A rescisão contratual, quando *sub judice* a controvérsia, demanda a análise do conjunto fático-probatório dos autos e das cláusulas contratuais, o que atrai a incidência das Súmulas 279 e 454 desta Corte.**2.** O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. **3.** As cláusulas

contratuais ou editais e a verificação de suas validades encerram reexame de norma infraconstitucional, insuscetível de discussão via recurso extraordinário, incidindo, *in casu*, o óbice da Súmula 454 do STF, *verbis*: *Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário*. 4. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 4356599. **ARE 742275 AGR / SP** que sucintamente, sendo prescindível que a mesma se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010. 5. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: *“Rescisão de contratos – compra e venda e financiamento – motocicleta com vício não sanado pelo fornecedor no prazo de 30 dias – aplicação do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor – rescisão de ambas avenças – contratos coligados e funcionalmente interligados – impossibilidade de manutenção do financiamento que esta atrelado ao contrato de compra e venda – ação procedente que declarou rescindido os contratos – inexigíveis as parcelas posteriores – determinada à fornecedora a devolução do desembolsado pelo consumidor, devendo o autor restituir o veículo – Negado provimento ao recurso – mantida a sentença pelo próprios e jurídicos fundamentos .”* 6. Agravo regimental **DESPROVIDO**.

**A C Ó R D Ã O** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Brasília, 13 de agosto de 2013. **LUIZ FUX – Relator**.

**3) CIVIL E PROCESSO CIVIL - SFH - COBERTURA SECURITÁRIA EM CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL COLIGADO COM O DE SEGURO OBRIGATÓRIO - PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO INEXISTENTE - LEGITIMIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E ILEGITIMIDADE DA CAIXA SEGURADORA S/A - DOENÇA PREEXISTENTE NÃO CONFIGURADA - RECURSO DA CEF PREJUDICADO - PLEITO EM HARMONIA COM AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS REGULADORAS DO SEGURO - CONTRATO ASSINADO ANTES DA CONFIGURAÇÃO DE DOENÇA INCAPACITANTE, NOS TERMOS DE PERÍCIA MÉDICA - CUSTAS E HONORÁRIOS -** I- Em contratos de mútuo habitacional coligado com o de seguro vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, o direito de cobrar a cobertura securitária é da CEF e não do mutuário que figura como mero beneficiário. Por essa razão não se aplica a este o prazo prescricional inscrito nos arts. 206 § 1º II, “a” da Lei 10.406/2002 e/ou 178 do Código Civil de 1916 . Precedentes do STJ e deste Tribunal. II- Nas demandas relativas a tais contratos coligados, em que se apresenta financiamento imobiliário e seguro habitacional adjeto, firmados no âmbito do SFH diante de preposto da Caixa Econômica Federal, apenas a CEF possui legitimidade ad causam e

responde por todas as questões contratuais, inclusive as relativas ao seguro. Precedentes do STJ e deste Tribunal. III- Também é ilegítima a União para responder a ações versando sobre a execução da cláusula de seguro por doença do mutuário, referente a contratos de financiamento do SFH ou qualquer outro tema relacionado com contrato de financiamento habitacional. IV- O mutuário tem direito à cobertura securitária resultante de contrato de mútuo habitacional coligado com o de seguro na hipótese em que o sinistro se configurou em data posterior à assinatura do pacto contratual, consoante diagnóstico de perito médico. Até porque, “Celebrado o contrato de seguro nessas condições, sem nenhuma exigência quanto ao conhecimento do real estado de saúde do segurado, não pode o responsável, depois do recebimento do prêmio, recusar-se ao pagamento do seguro.” (REsp 332787/GO, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, 4ª Turma, DJ 15/04/2002). V- Ademais, na repetição dos valores pagos como prestação, não há como atribuir legitimidade passiva à União por não integrarem tais valores o FCVS, já que se trata de indenização contratual, em virtude de avença securitária. VI- A ausência de comunicação do sinistro/ocorrência da doença incapacitante, no tempo previsto no contrato, não pode levar ao perecimento do direito do mutuário, exceto no que diz respeito à mora que não pode ser atribuída à CEF. VII- Apelação da CEF não provida. (TRF-1ª R. - AC 2006.39.00.000108-8/PA - Rel. Des. Fed. Jirair Aram Meguerian - DJe 26.04.2013 - p. 925).

Atualmente, há a viabilização do negócio jurídico pelo contrato de compra e venda e financiamento bancário, os quais não mais podem ser vistos de forma isolada. Assim, em caso de vício oculto, por exemplo, havendo a rescisão do primeiro, o segundo segue o mesmo fim. Nesse sentido, os contratos devem ser considerados coligados. Se o contrato de compra e venda é desfeito em função do inadimplemento da fornecedora direta, o contrato de financiamento firmado para viabilizar a relação de consumo direta, sofre as mesmas consequências, ou seja, também é desfeito. Isso se dá pelo fato deste não possuir finalidade econômica autônoma, diferentemente do que ocorre com o contrato principal.

#### **4) APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR**

##### **- COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL - VÍCIO OCULTO - RESCISÃO CONTRATUAL E RESSARCIMENTO DOS DANOS MATERIAIS - FINANCIAMENTO BANCÁRIO**

**- RESCISÃO - CONTRATO COLIGADO - SUCUMBÊNCIA MÍNIMA** - 1- O contrato de compra e venda de veículo e o de financiamento bancário que viabilizou o negócio jurídico, por estarem coligados ao mesmo fato jurídico, não podem ser vistos de forma isolada, ou seja, rescindido o primeiro, o segundo segue o mesmo fim. 2- Havendo decaimento de parte mínima de um litigante, ao outro caberá a totalidade das despesas e honorários advocatícios, nos termos do parágrafo único do artigo 21 do código de processo civil . 3- Recurso conhecido e improvido. (TJDFT - AC 20110112209533 - (650976) - Relª Desª Simone Lucindo - DJe 05.02.2013 - p. 335).

A reiterada decisão frente à realidade da conexão entre os contratos tem feito frente a uma prática comum perante decisões de primeira e segunda instâncias, podendo ser

citada, como exemplo, o contrato de alienação fiduciária. Neste caso, o comprador adquire um bem a crédito, tomando o credor, instituição financeira, o próprio bem como garantia. Assim, o banco concede o financiamento ao cliente o qual objetiva a aquisição deste bem, ficando autorizado a entregar ao vendedor (terceiro na relação contratual) a importância correspondente ao valor líquido. Para tanto, a instituição financeira deve se resguardar dos mecanismos aptos a comprovar que o bem adquirido foi efetivamente entregue, a fim de viabilizar eventual propositura de ação de busca e apreensão, com fundamento no decreto-lei 911/69 (o qual estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências), na hipótese de inadimplemento. Segundo posicionamento da jurisprudência, o banco que não procede à verificação da entrega das mercadorias age com negligência, perdendo seu direito de propor ação de execução.

Sendo assim, há uma solidariedade entre a vendedora e a instituição. O comprador torna-se credor dos pagamentos por ele realizados e tem direito à restituição.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, na súmula de número 297 preconiza que: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (12/05/2004 - DJ 09.09.2004).

**5) PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - COMPRA E VENDA - CONTRATOS AUTÔNOMOS MAS COLIGADOS - NECESSIDADE DE ENTREGA DAS MERCADORIAS - HIPOSSUFICIÊNCIA DA CONSUMIDORA - RESTITUIÇÃO DOS VALORES - FORMA SIMPLES - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE** - 1- A jurisprudência do stj reconhece a autonomia entre os contratos de financiamento e de compra venda, nos casos em que a discussão cinge-se em analisar defeitos nos bens, que seriam passíveis de reclamação com a pessoa jurídica que os vendeu, e não com o banco que os financiou, tendo em vista a diversidade dos objetos do contrato (A CONFERIR: RESP 1014547 / DF). 2- Porém, no caso dos autos, em que pese a autonomia entre os negócios jurídicos, o financiamento foi tomado pela apelante apenas como meio para pagar os bens móveis, que não lhe foram entregues pela loja que recebeu o valor liberado pela instituição financeira, o que demonstra a coligação entre os pactos. 3- Orlando Gomes leciona que, no caso de contratos coligados, “um depende do outro de tal modo que sirvam a individualidade própria”, existindo de forma recíproca quando “dois contratos completos, embora autônomos, condicionam-se reciprocamente, em sua existência e validade. Cada qual é a causa do outro, formando uma unidade econômica” (IN: CONTRATOS. 17ª ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1997, P. 104). 4- Ainda que o numerário tenha sido liberado pela instituição financeira, pelo fato de haver garantia fiduciária, é imprescindível para a cobrança do referido valor a efetiva entrega da mercadoria pela loja vendedora, que já recebeu o devido valor e deve restituí-lo. 5- Considerando-se a hipossuficiência da consumidora ante a instituição financeira, e a não entrega dos bens que garantiam o financiamento, não há como obrigá-la a arcar com os pagamentos. 6- No que tange à condenação para restituir em dobro os valores já

pagos pela apelada, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o art. 42, parágrafo único, do CDC, só é aplicável quando há dolo ou culpa do fornecedor de serviços, sendo que in casu as cobranças foram feitas enquanto aguardava-se a entrega dos móveis e, portanto, foram legítimas, devendo a restituição deve se dar na forma simples. Precedente citado: agrg no resp 1221844 / rj. 7- Recurso conhecido e provido parcialmente. (TJES - Ap 0005887-41.2008.8.08.0048 - Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon - DJe 24.04.2013 - p. 50).

O Estado invoca a teoria da asserção quando, em acórdão com agravo de instrumento envolvendo contratos coligados, consórcio de veículos, cláusula de cobertura securitária, morte do consorciado e suspensão das parcelas vincendas, se assenta pela responsabilidade da empresa de consórcios para sua permanência no polo passivo, uma vez que a administradora de consórcio nacional sustenta sua ilegitimidade passiva, pois a recusa no pagamento da cobertura securitária por óbito do consorciado, que ensejaria a quitação do débito do consórcio, deve ser questionada perante a seguradora e não à administradora de consórcio. Todavia, é inquestionável a existência de contratos coligados. Tal fato caracteriza-se pela venda casada entre administradora e seguradora, pois o pagamento do prêmio de seguro é devido por todos os consorciados havendo o repasse do valor a esta.

Segundo a adaptação da teoria de Liebman ao CPC, a doção da teoria da asserção:

“Conforme já salientado alhures, o CPC brasileiro adotou a teoria eclética de Liebman ao impor condições para a existência do direito de ação. Entretanto, a forma pela qual o legislador tratou a matéria, exigindo que a presença das condições da ação deva ser demonstrada, cabendo inclusive produzir prova para convencer o juiz, acaba tornando a possibilidade jurídica da demanda, o interesse processual e a legitimidade para a causa, questões de mérito. O ponto principal da questão consiste em se determinar a maneira pela qual se verifica a presença das “condições da ação”: através das provas produzidas pelas partes ou com base na afirmativa feita pelo autor na petição inicial. Se o juiz, ao analisar as “condições da ação”, exigir prova visando à verificação da existência efetiva dos fatos narrados, acaba examinando o mérito. Para que se possa determinar qual a parte ativamente legitimada e qual aquela a quem cabe a legitimação passiva, seria preciso examinar a natureza do contrato e os direitos e obrigações por ele (*sic*) produzidos, o que seria entrar no mérito da causa. Em vista das razões expostas, para que se possa ter uma concepção abstrata da ação, será necessária a adoção da teoria *della prospettazione* (teoria da asserção). Segundo seus adeptos, as “condições da ação” devem ser aferidas *in statu assertionis*, ou seja, à luz das afirmativas do autor na petição inicial. Como preleciona José Carlos Barbosa Moreira, a análise das condições da ação” dever ser feita com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a *res in iudicium deducta*; vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, *à vista do que se afirmou*, raciocinando ele, ao estabelecer a cognição, como que admita, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração,

ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória. Disponível em: (<<http://jus.com.br/artigos/5493/dos-pressupostos-processuais-e-das-condicoes-da-acao-no-processo-civil/3>>. Acesso em: 09.janeiro.2014).

**6) AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSÓRCIO DE VEÍCULOS - CLÁUSULA DE COBERTURA SECURITÁRIA - MORTE DO CONSORCIADO - SUSPENSÃO DAS PARCELAS VINCENDAS - INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES VEDADA - CONTRATOS COLIGADOS - RECURSO DESPROVIDO** - Não merece reparo a decisão que suspende a exigência das prestações consorciais vincendas e veda a inscrição em cadastro de inadimplentes quando, falecido o consorciado cujo contrato tem previsão de cobertura securitária, o seu espólio pretende a quitação do contrato perante a administradora do consórcio. (TJMT - AI 13753/2013 - Rel. Des. Juracy Persiani - DJe 13.09.2013 - p. 26).

Reiteradamente, os tribunais negam provimento ao recurso do agravante que pleiteia ser parte ilegítima do polo passivo da demanda, como consta: “Nos negócios de compra e venda de veículo, com pagamento financiado, a atividade da instituição financeira não se desenvolve de modo isolado, separada da venda do carro, devendo, em razão disso, ser analisada como parte de um conjunto, de um negócio complexo: ‘compra e venda de veículo com financiamento’. A instituição financeira tem responsabilidade em relação às parceiras comerciais que estabelece, devendo estar atenta à conduta do seu comparte, como forma de garantir a perfeita extinção do contrato” (STJ REsp 1201140, Ministro Relator Sidnei Beneti, DJE 03.09.2010), (TJPR – AC número 829.814-2, 18ª cc, Relator Desembargador Carlos Mansur Arida Junior 12.09.2012).

Dessa forma, pode-se dizer que há uma relação direta e simultânea entre dois contratos, um atua como comerciante e outro como agente financeiro (banco). Assim, torna-se inquestionável que o negócio jurídico submete-se às regras do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Dessa relação tem-se o nascimento do contrato coligado, através do qual há a congruência de dois contratos nascidos de interesses comuns e econômicos.

**7) AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO CUMULADO COM OBRIGAÇÃO DE FAZER - COMPRA E VENDA DE VEÍCULO JUNTO À REVENDEDORA - LEGITIMIDADE DO AGENTE FINANCIADOR - CONTRATOS COLGADOS - RELAÇÃO TRILATERAL - RECURSO DESPROVIDO**

- 1- Celebrados contratos coligados de compra e venda de automóvel e financiamento com alienação fiduciária, sujeitam-se ao regime do Código de Defesa do Consumidor. Por força da conexão contratual e dos preceitos consumeristas, o vício determinante do desfazimento da compra e venda atinge igualmente o de financiamento. 2- Com isso, o agente financiador também é parte legítima para responder à ação contra si também proposta, em litisconsórcio com a vendedora. (TJPR - AI 0927808-8 - Rel. Des. Prestes Mattar - DJe 08.04.2013 - p. 119).

Pela formação do contrato de compra - venda e arrendamento mercantil há uma conexão contratual, desta, nasce para o consumidor, o direito de se valer do Código de Defesa do Consumidor. Em caso concreto, é válido salientar que em série de recurso de apelação, o Tribunal reformou decisão do juiz sentenciante, em que este entendeu por bem proceder à condenação tanto da empresa comerciante como da instituição responsável pelo arrendamento mercantil. Válido ressaltar que a simples forma coligada e conexa entre os contratos não necessariamente implica na sucumbência da demanda pleiteada pelo autor (consumidor). Assim, ocorrendo vício oculto na aquisição do produto, o consumidor poderá valer-se da proteção inserida no artigo 18 do referido código, o qual dispõe:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Contudo, as possibilidades indicadas no parágrafo primeiro, tem como pressuposto a não solução do vício no prazo indicado, ou seja, em 30 dias. Inexistindo este fato e havendo o saneamento do vício no prazo legal, não há em que se falar em rescisão contratual de compra e venda. Assim, com relação a companhia de leasing, o arrendamento mercantil deverá ser objeto de ação própria de reintegração de posse.

**8) AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C - INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL COMPRA E VENDA E ARRENDAMENTO MERCANTIL CONTRATOS COLIGADOS VÍCIO DO PRODUTO RECONHECIMENTO SOLUÇÃO DO PROBLEMA NO PRAZO DO § 1º DO ART. 18 DO CDC RESCISÃO DA COMPRA E VENDA IMPERTINENTE ARRENDAMENTO MERCANTIL JÁ SOLUCIONADO EM AÇÃO PRÓPRIA APELAÇÃO PROVIDA** - Tendo a vendedora sanado o vício do produto no prazo a que alude o § 1º, do art. 18, do CDC ,

impertinente o pleito da autora em pretender a rescisão do contrato de venda e compra, restando prejudicado o pedido referente ao contrato de arrendamento mercantil, visto que solucionado em lide diversa. (TJSP - Ap 0002985-64.2007.8.26.0270 - Itapeva - 31ª CDPriv. - Rel. Paulo Ayrosa - DJe 27.09.2013 - p. 1613).

Conforme o exposto, pode-se dizer que as cláusulas contratuais serão analisadas sob o aspecto de norma infraconstitucional e o negócio jurídico da inter-relação dos contratos não serão mais analisados de forma isolada.

Em caso de vício oculto do contrato, havendo rescisão do primeiro o segundo também rescindir-se-á.

Segundo posição jurisprudencial, uma vez caracterizada a coligação nasce a responsabilidade solidária entre as partes envolvidas e os tribunais passam a negar provimento ao recurso do agravante que pleiteia ser parte ilegítima da demanda, fazendo com que haja uma relação direta entre os contratos.

## **POLÍTICAS PÚBLICAS**

Em linhas gerais, as políticas públicas são conjuntos de programas, ações e decisões tomadas pelos governos (nacionais, estaduais ou municipais) com a participação, direta ou indireta, de entes públicos ou privados que visam assegurar determinado direito de cidadania para vários grupos da sociedade.

Assim, pode-se dizer que seu objetivo condiz em colocar em prática direitos previstos na Constituição Federal, bem como em outras leis.

## **DIREITO ESPACIAL – A NECESSIDADE DE REGRAMENTO**

O Direito Espacial Internacional, que estabelece o regime jurídico do espaço exterior e regula as atividades espaciais, é formado de princípios e normas (regras), igual a qualquer ramo do direito.

O presente tema é de grande relevância tanto para o Direito Público, como para o Direito Privado, Interno e Internacional já que não há como negar que o Direito Espacial possui incidência no direito interno de cada país, ou seja, inserindo-se no Direito Internacional, ramo recente e promissor.

Uma das características do direito espacial reside em sua origem relativamente recente, necessitando de um regramento, pois a era espacial que estamos a viver surgiu no contexto da era das organizações internacionais, marca específica do século XX.

Mesmo antes da chegada do homem à lua, há 50 anos atrás (1.969), já se existia a preocupação pela corrida espacial pós Segunda Guerra Mundial, ou seja, cada passo dessa corrida traduziu-se em avanços tecnológicos, novos materiais, aperfeiçoamento de motores, armamentos, satélites meteorológicos e de comunicação.

Como era sabido, a chegada do homem à lua seria questão de pouco tempo para acontecer, por isso, a necessidade de regramento acerca do domínio espacial. Assim, no dia 27 de janeiro de 1967, foi assinado, simultaneamente em Washington, Moscou e Londres, o chamado Tratado Espacial.

Por ele, entende-se que:

Espaço é domínio da humanidade. Sua pesquisa e exploração será feita em benefício de todos, independentemente de seu estágio de desenvolvimento. Ele não está subordinado ao direito de posse internacional por meio de uso, ocupação ou reivindicação de soberania.

Pode-se assegurar que com esse advento, gize-se, “um grande passo para a humanidade”, iniciou-se uma corrida de exploração, seja por novos estudos, seja pela obtenção de recursos minerais da lua e corpos celestes, pois já se tem conhecimento de que o grande potencial dos asteroides é a existência de uma quantidade enorme de minerais raros, como ouro, platina, ferro, etc.

Nesse momento, houve a necessidade de que se firmassem novos Tratados, bem como novas normas que regulamentassem o comportamento dos homens e Estados no espaço exterior.

Atrrelada à questão exploratória, passou a existir a preocupação referente à ameaça da militarização ao redor da Terra, principalmente por aqueles Estados não signatários a nenhum Tratado.

Pois bem. Fatos passaram a exigir respostas no âmbito jurídico.

Assim, vários instrumentos normativos foram criados objetivando a regulamentação do uso e exploração do espaço cósmico, o que contribuiu para a construção desse ramo do Direito. Dentre esses diplomas pode-se citar duas convenções:

- Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais (Concluída em Londres, Washington e Moscou em 29 de março de 1972. Ratificada pelo Brasil em 31 de janeiro de 1973 e Promulgada pelo Decreto nº 71.981, de 22 de março de 1973.)
- Convenção Relativa ao Registro de Objetos Lançados no Espaço Cósmico (Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 12 de novembro de 1974. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 31, de 21 de fevereiro de 2006. Ratificada pelo Governo Brasileiro em 06 de março de 2006 e promulgada pelo Decreto nº 5.806, de 19 de junho de 2006).

Essas Convenções tiveram o intuito principal de criar o conceito e atribuir a responsabilidade de Estado lançador do objeto espacial, incluindo desde a menor participação do projeto até a construção e lançamento desse objeto.

O Brasil, por exemplo, que faz parte de missões espaciais conjuntas tem responsabilidade solidária com relação à terceiros, em caso de qualquer dano ocasionado, sem limite de reparação.

Destaca-se, ainda, que a preocupação do ponto de vista de exploração mineral se remete à 1.979, quando da criação do Tratado da Lua (aplicado à lua e a todos os corpos celestes).

Assenta-se a esse contexto de regramento a importância da participação das organizações internacionais, as quais têm personalidade jurídica própria, direção autônoma e vontade própria, contudo, nem sempre redutível à vontade dos respectivos Estados membros.

É cediço que o reconhecimento ou a gestão dessas normas com alcance universal e interesse de todos os que habitam o planeta Terra, exige a participação global de todos os Estados, e essa participação, embora em tese possa ocorrer fora do âmbito das organizações internacionais, acaba se atrelando ao contexto delas, em especial ao das Nações Unidas, a qual tem o propósito do alcance da paz e o desenvolvimento de todos os povos.

Assenta-se igualmente na competência deferida expressamente à Assembléia Geral da ONU, nos termos do art. 13, § 1º, alínea a da Carta de Organização - a de “incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação”.

Ora, se a ONU é composta por Estados, os quais se fazem representar na Assembléia Geral, clarividente que são os próprios Estados os principais agentes na elaboração de regramentos concernente ao DIREITO ESPACIAL.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria dos contratos coligados deve ser estudada levando-se em consideração as novas realidades sociais, os novos conflitos emergentes da sociedade. Hodiernamente os contratos, bem como as regras e princípios interpretativos, tem passado por consideráveis mudanças, razão pela qual desponta a importância da hermenêutica jurídica, devendo esta ser compreendida como a ciência da interpretação das normas.

Pela interpretação objetiva dos contratos coligados, permite-se o reconhecimento da intensidade do vínculo contratual, determinando sua inter-relação, uma vez que há frequentes consequências jurídicas.

Essa conexão entre os contratos poderá gerar também o seu desfazimento, isso ocorre quando uma das partes pretende valer-se abusivamente de regime jurídico mais favorável do que aquele resultante da própria coligação.

Pela invalidade de um contrato há também a invalidação dos contratos a ele coligados, ocasionando, assim, a perda da sua função social.

Partindo-se da premissa que o contrato constitui “lei entre as partes” (*pacta sunt servanda*) e os fatos são documentados para dirimir futuros e eventuais conflitos, o desenvolvimento teórico e prático da presente temática constitui medida necessária para a análise da existência ou não de contratos coligados, uma vez que a própria conexão não

implica necessariamente em consequências jurídicas.

Havendo tais consequências, tanto na qualificação quanto na intensidade, estes poderão ser objeto de exame por parte do Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, vale ressaltar que a invalidação de um contrato afeta os demais a ele coligados, sendo necessário um estudo do seu fim concreto sob a análise da sua função social, consoante dispõe o artigo 421 do Código Civil.

Por fim, a permanência dos contratos sobreviventes ocorrerá quando o fim concreto puder ser alcançado, cabendo o ônus da prova à parte que alega a possibilidade de alcançá-lo, bem como a inserção do Direito Espacial como nova perspectiva.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil Comentado**, São Paulo: Saraiva 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

LIMONGI, França. **Contrato**. In: **Enciclopédia Saraiva do direito**, vol. 19, São Paulo: Saraiva, 1977.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze *et al.* **Novo Curso de Direito Civil**. Contratos: Teoria Geral, vol. 6, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais**, vol. 3, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações, parte especial, contratos**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

LIMONGI, França R. **Contrato**. In: **Enciclopédia saraiva do direito**, vol.19, São Paulo: Saraiva, 1977.

MARINO CRESCENZO, Francisco Paulo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Apontamentos gerais**. In: **O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**, São Paulo: LTR, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, vol. 3, 28ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0061656-32.2012.8.26.0100. Partes: Banco Cacique S/A , Imbra e outros. Relator: Pereira Calças, SP, 12.09.13. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/esaj>. Acórdão=2013.0000556007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3ª ed, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro, obrigações e contratos**, vol. 2, 12ª, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

[http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias\\_estrategicas/article/viewFile/88/81](http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/88/81) VICENTE MAROTTA RANGEL. Codificação do Direito Espacial. Exploração Espacial e Direito.

<https://www.dw.com/pt-br/1967-tratado-do-espaco%C3%A7o/a-298947>

Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 29 de novembro de 1971, aberta à assinatura em 29 de março de 1972, em vigor desde 1º de setembro de 1972. Países depositários: Rússia, Reino Unido, EUA. 76 ratificações (inclusive a do Brasil) e 26 assinaturas.

<https://jus.com.br/artigos/23546/da-responsabilidade-internacional-do-estado-por-danos-causados-por-engenhos-caidos-do-espaco-sideral>

<http://portal-antigo.aeb.gov.br/urges-resgatar-a-filosofia-do-direito-espacial-internacional/>

<https://www.dw.com/pt-br/1967-tratado-do-espaco%C3%A7o/a-298947>

## ANEXOS

Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia de Assuntos Jurídicos

### **DECRETO Nº 64.362, DE 17 DE ABRIL DE 1969**

#### **Promulga o Tratado sobre Exploração e Uso do Espaço Cósmico.**

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, HAVENDO o CONGRESSO NACIONAL aprovado pelo Decreto Legislativo nº 41, de 2 de outubro de 1968, o Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes, aberto à assinatura em Londres, Moscou e Washington, a 27 de janeiro de 1967; e

HAVENDO o Governo Brasileiro depositado seus instrumentos de Ratificação junto aos Governos dos Estados Unidos da América, do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas;

DECRETA Que o Tratado, apenso por cópia ao presente Decreto, seja executado e cumprido tão inteiramente como nêle se contém.

Brasília, 17 de abril de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

A. COSTA E SILVA

José de Magalhães Pinto

Este texto não substitui o original publicado no Diário Oficial de 22.4.1969

Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes.

Os Estados Partes do presente Tratado:

Inspirando-se nas vastas perspectivas que a descoberta do espaço cósmico pelo homem oferece à humanidade,

Reconhecendo o interesse que apresenta para toda a humanidade o programa da exploração e uso do espaço cósmico para fins pacíficos,

Julgando que a exploração e o uso do espaço cósmico deveriam efetuar-se para o bem de todos os povos, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento econômico e científico,

Desejosos de contribuir para o desenvolvimento de uma ampla cooperação internacional no que concerne aos aspectos científicos e jurídicos da exploração e uso do espaço cósmico para fins pacíficos,

Julgando que esta cooperação contribuirá para desenvolver a compreensão mútua e para consolidar as relações de amizade entre os Estados e os povos,

Recordando a resolução de 1962 (XVIII), intitulada “Declaração dos princípios jurídicos reguladores das atividades dos Estados na exploração e uso do espaço cósmico”, adotada por unanimidade pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 1963,

Recordando a resolução de 1884 (XVIII), que insiste junto aos Estados de se absterem de colocar em órbita quaisquer objetos portadores de armas nucleares ou de qualquer outro tipo de arma de destruição em massa e de instalar tais armas em corpos celestes, resolução que a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou, por unanimidade, a 17 de outubro de 1963;

Considerando que a resolução 110 (II) da Assembléia Geral das Nações Unidas, datada de 3 de novembro de 1947, condena a propaganda destinada a ou susceptível de provocar ou encorajar qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou qualquer ato de agressão, e considerando que a referida resolução é aplicável ao espaço cósmico,

Convencidos de que o Tratado sobre os princípios que regem as atividades dos Estados na exploração e uso do espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, contribuirá para a realização dos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, convieram no seguinte:

#### Artigo I

A exploração e o uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, só deverão ter em mira o bem e interesse de todos os países, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento econômico e científica, e são incumbência de toda a humanidade.

O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, poderá ser explorado e utilizado livremente por todos os Estados sem qualquer discriminação em condições

de igualdade e em conformidade com o direito internacional, devendo haver liberdade de acesso a todas as regiões dos corpos celestes.

O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, estará aberto às pesquisas científicas, devendo os Estados facilitar e encorajar a cooperação internacional naquelas pesquisas.

#### Artigo II

O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, não poderá ser objeto de apropriação nacional por proclamação de soberania, por uso ou ocupação, nem por qualquer outro meio.

#### Artigo III

As atividades dos Estados Partes deste Tratado, relativas à exploração e uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, deverão efetuar-se em conformidade com o direito internacional, inclusive a Carta das Nações Unidas, com a finalidade de manter a paz e a segurança internacional e de favorecer a cooperação e a compreensão internacionais.

#### Artigo IV

Os Estados Partes do Tratado se comprometem a não colocar em órbita qualquer objeto portador de armas nucleares ou de qualquer outro tipo de armas de destruição em massa, a não instalar tais armas sobre os corpos celestes e a não colocar tais armas, de nenhuma maneira, no espaço cósmico.

Todos os Estados Partes do Tratado utilizarão a Lua e os demais corpos celestes exclusivamente para fins pacíficos. Estarão proibidos nos corpos celestes o estabelecimento de bases, instalações ou fortificações militares os ensaios de armas de qualquer tipo e a execução de manobras militares. Não se proíbe a utilização de pessoal militar para fins de pesquisas científicas ou para qualquer outro fim pacífico. Não se proíbe, do mesmo modo, a utilização de qualquer equipamento ou instalação necessária à exploração pacífica da Lua e demais corpos celestes.

#### Artigo V

Os Estados Partes do Tratado considerarão os astronautas como enviados da humanidade no espaço cósmico e lhes prestarão toda a assistência possível em caso de acidente, perigo ou aterrissagem forçada sobre o território de um outro Estado parte do Tratado ou em alto mar. Em caso de tal aterrissagem, o retorno dos astronautas ao Estado de matrícula do seu veículo espacial deverá ser efetuado prontamente e com toda a segurança.

Sempre que desenvolverem atividades no espaço cósmico e nos corpos celestes, os astronautas de um Estado parte do Tratado prestarão toda a assistência possível aos astronautas dos outros Estados partes do Tratado.

Os Estados partes do Tratado levarão imediatamente ao conhecimento dos outros Estados partes do Tratado ou do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas

qualquer fenômeno por estes descoberto no espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, que possa representar perigo para a vida ou a saúde dos astronautas.

#### Artigo VI

Os Estados partes do Tratado têm a responsabilidade internacional das atividades nacionais realizadas no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, quer sejam elas exercidas por organismos governamentais ou por entidades não-governamentais, e de velar para que as atividades nacionais sejam efetuadas de acordo com as disposições anunciadas no presente Tratado. As atividades das entidades não-governamentais no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, devem ser objeto de uma autorização e de uma vigilância contínua pelo componente Estado parte do Tratado. Em caso de atividades realizadas por uma organização internacional no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, a responsabilidade no que se refere às disposições do presente Tratado caberá a esta organização internacional e aos Estados partes do Tratado que fazem parte da referida organização.

#### Artigo VII

Todo Estado parte do Tratado que proceda ou mande proceder ao lançamento de um objeto ao espaço cósmico, inclusive à Lua e demais corpos celestes, e qualquer Estado parte, cujo território ou instalações servirem ao lançamento de um objeto, será responsável do ponto de vista internacional pelos danos causados a outro Estado parte do Tratado ou a suas pessoas naturais pelo referido objeto ou por seus elementos constitutivos, sobre a Terra, no espaço cósmico ou no espaço aéreo, inclusive na Lua e demais corpos celestes.

#### Artigo VIII

O Estado parte do Tratado em cujo registro figure o objeto lançado ao espaço cósmico conservará sob sua jurisdição e controle o referido objeto e todo o pessoal do mesmo objeto, enquanto se encontrarem no espaço cósmico ou em um corpo celeste. Os direitos de propriedade sobre os objetos lançados no espaço cósmico, inclusive os objetos levados ou construídos num corpo celeste, assim como seus elementos constitutivos, permanecerão inalteráveis enquanto estes objetos ou elementos se encontrarem no espaço cósmico ou em um corpo celeste e durante seu retorno à Terra. Tais objetos ou elementos constitutivos de objetos encontrados além dos limites do Estado parte do Tratado em cujo registro estão inscritos deverão ser restituídos a este Estado, devendo este fornecer, sob solicitação os dados de identificação antes da restituição.

#### Artigo IX

No que concerne à exploração e ao uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, os Estados partes do Tratado deverão fundamentar-se sobre os princípios da cooperação e de assistência mútua e exercerão as suas atividades no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, levando devidamente em conta os interesses correspondentes dos demais Estados- partes do Tratado. Os Estados partes do Tratado farão o estudo do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, e

procederão à exploração de maneira a evitar os efeitos prejudiciais de sua contaminação, assim como as modificações nocivas no meio ambiente da Terra, resultantes da introdução de substâncias extraterrestres, e, quando necessário, tomarão as medidas apropriadas para este fim. Se um Estado parte do Tratado tem razões para crer que uma atividade ou experiência realizada por ele mesmo ou por seus nacionais no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, criaria um obstáculo capaz de prejudicar as atividades dos demais Estados partes do Tratado em matéria de exploração e utilização pacífica do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, deverá fazer as consultas internacionais adequadas antes de empreender a referida atividade ou experiência. Qualquer Estado parte do Tratado que tenha razões para crer que uma experiência ou atividade realizada por outro Estado parte do Tratado no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, criaria um obstáculo capaz de prejudicar as atividades exercidas em matéria de exploração e utilização pacífica do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, poderá solicitar a realização de consultas relativas à referida atividade ou experiência.

#### Artigo X

A fim de favorecer a cooperação internacional em matéria de exploração e uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, em conformidade com os fins do presente Tratado, os Estados partes do Tratado examinarão em condições de igualdade as solicitações dos demais Estados partes do Tratado no sentido de contarem com facilidades de observação do vôo dos objetos espaciais lançados por esses Estados.

A natureza de tais facilidades de observação e as condições em que poderiam ser concedidas serão determinadas de comum acordo pelos Estados interessados.

#### Artigo XI

A fim de favorecer a cooperação internacional em matéria de exploração e uso do espaço cósmico, os Estados partes do Tratado que desenvolvam atividades no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, convieram, na medida em que isto seja possível e realizável, em informar ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, assim como ao público e à comunidade científica internacional, sobre a natureza da conduta dessas atividades, o lugar onde serão exercidas e seus resultados. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas deverá estar em condições de assegurar, assim que as tenha recebido, a difusão efetiva dessas informações.

#### Artigo XII

Todas as estações, instalações, material e veículos espaciais que se encontrarem na Lua ou nos demais corpos celestes serão acessíveis, nas condições de reciprocidade aos representantes dos demais Estados partes do Tratado. Estes representantes notificarão, com antecedência, qualquer visita projetada, de maneira que as consultas desejadas possam realizar-se e que se possa tomar o máximo de precaução para garantir a segurança e evitar perturbações no funcionamento normal da instalação a ser visitada.

### Artigo XIII

As disposições do presente Tratado aplicar-se-ão às atividades exercidas pelos Estados partes do Tratado na exploração e uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, quer estas atividades sejam exercidas por um Estado parte do Tratado por si só, quer juntamente com outros Estados, principalmente no quadro das organizações intergovernamentais internacionais.

Todas as questões práticas que possam surgir em virtude das atividades exercidas por organizações intergovernamentais internacionais em matéria de exploração e uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, serão resolvidas pelos Estados partes do Tratado, seja com a organização competente, seja com um ou vários dos Estados Membros da referida organização que sejam parte do Tratado.

### Artigo XIV

1. O presente Tratado ficará aberto à assinatura de todos os Estados. Qualquer Estado que não tenha assinado o presente Tratado antes de sua entrada em vigor, em conformidade com o § 3º do presente artigo, poderá a ele aderir a qualquer momento.

2. O presente Tratado ficará sujeito à ratificação dos Estados signatários. Os instrumentos de ratificação e os instrumentos de adesão ficarão depositados junto aos governos do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, dos Estados Unidos da América e da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que estão, no presente Tratado, designados como governos depositários.

3. O presente Tratado entrará em vigor após o depósito dos instrumentos de ratificação de cinco governos, inclusive daqueles designados depositários nos termos do presente Tratado.

4. Para os Estados cujos instrumentos de ratificação ou adesão forem depositados após a entrada em vigor do presente Tratado, este entrará em vigor na data do depósito de seus instrumentos de ratificação ou adesão.

5. Os governos depositários informarão sem demora todos os Estados signatários do presente Tratado e os que a ele tenham aderido da data de cada assinatura, do depósito de cada instrumento de ratificação ou de adesão ao presente Tratado, da data de sua entrada em vigor, assim como qualquer outra observação.

6. O presente Tratado será registrado pelos governos depositários, em conformidade com o Artigo 102 da Carta das Nações Unidas.

### Artigo XV

Qualquer Estado parte do presente Tratado poderá propor emendas. As emendas entrarão em vigor para cada Estado parte do Tratado que as aceite, após a aprovação da maioria dos Estados partes do Tratado, na data em que tiver sido recebida.

### Artigo XVI

Qualquer Estado parte do presente Tratado poderá, um ano após a entrada em vigor do Tratado, comunicar sua intenção de deixar de ser Parte por meio de notificação escrita

enviada aos governos depositários. Esta notificação surtirá efeito um ano após a data em que for recebida.

#### Artigo XVII

O presente Tratado, cujos textos em inglês, espanhol, francês e chinês fazem igualmente fé, será depositado nos arquivos dos governos depositários. Cópias devidamente autenticadas do presente Tratado serão remetidas pelos governos depositários aos governos dos Estados que houverem assinado o Tratado ou que a ele houverem aderido.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente habilitados para esse fim, assinaram este Tratado.

Feito em três exemplares em Londres, Moscou e Washington, aos vinte e sete dias de janeiro de mil novecentos e sessenta e sete.

## PROTEÇÃO AUTORAL PARA MODELOS DE VESTUÁRIO? (AC. DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NO CASO COFEMEL/G-STAR (C-683/17) DE 12.09.2019)

Data de aceite: 01/03/2022

### Maria Victória Rocha

Docente da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, e membro do Católica Research Centre for the Future of Law - Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID). Doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela. SC

**RESUMO:** O caso *Cofemel* tem por objeto a relação entre tutela autoral e proteção por desenhos ou modelos das obras de arte aplicada ao abrigo do art. 2, al. a) da Diretiva InfoSoc, tendo o TJUE considerando que estas estão abrangidas neste artigo, uma vez que a noção de obra constitui uma noção autónoma da UE que se aplica de forma uniforme em todos os Estados-membros, não podendo estes exigir mais requisitos para proteção pelo Direito de Autor dos desenhos ou modelos protegidos cumulativamente pelo Direito Industrial. O marcado efeito visual estético, que vai além do objetivo funcional dos desenhos ou modelos, como é o caso dos modelos de vestuário em análise, não é suficiente para a sua qualificação como obra, ao abrigo do artigo em causa. Lamentavelmente, o Ac. *Cofemel* é puramente descritivo, não fornecendo qualquer critério que nos permita especificar em termos práticos o conceito de originalidade em matéria de obras de arte aplicada e também não providencia qualquer base sólida relativamente à política legislativa a seguir em matéria de cumulação parcial de proteções como obra e como desenho ou modelo,

nomeadamente em matéria de adequação das limitações e exceções, e outros aspetos que são necessariamente diversos em cada um dos casos. Tal tarefa só pode ser cumprida *de lege ferenda*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arte, arte aplicada, cumulação, cúmulo, desenho ou modelo, obra.

**ABSTRACT:** The *Cofemel* case concerns the relationship between copyright protection and design protection of works of applied art under art. 2, al. a) of the InfoSoc. Directive. The CJUE decided that these are included in this article, since the notion of work is an autonomous EU notion that applies uniformly in all Member States, that cannot demand more requirements for protection by Copyright of designs in cases of overlapping of protections with Industrial Property Law. The marked aesthetic visual effect, which goes beyond its functional objective, as is the case with the clothing models under analysis, is not sufficient for its qualification as a work, under above mentioned article. Regrettably, the *Cofemel* judgment is purely descriptive, providing no assessments that would allow to specify better the concept of originality in applied works of art and also does not provide any solid basis regarding the legislative policy to be followed in terms of partial overlapping of protections as a work and as design, namely in terms of adequacy of limitations and exceptions, and other aspects which are necessarily different in each case. That is a task to fulfill *de lege ferenda*.

**KEYWORDS:** Art, applied art, design, overlapping, work.

## 11 ACÓRDÃO COFEMEL

O Ac. *Cofemel* teve por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de Portugal, originado por um litígio entre as sociedades comerciais *Cofemel* e *G-Star*, duas sociedades que se dedicam à confecção e comercialização de vestuário. A *G-Star* é uma empresa de vestuário urbano, que existe desde 1989. Especializa-se na manufatura de ganga não lavada previamente (*raw denim*). A empresa, desde a década de 1990, utiliza as marcas *G-STAR*, *G-STAR RAW*, *G-STAR DENIM RAW*, *GS-RAW*, *G-RAW* e *RAW*. O vestuário criado, confeccionado e comercializado sob estas marcas inclui um modelo de calças de ganga denominado ARC, bem como um modelo de *sweatshirt* e de *T-shirt* denominado ROWDY<sup>1</sup>. A *Cofemel* é uma empresa portuguesa, que existe desde 1982 que produz e comercializa roupa, incluindo calças de ganga, *sweatshirts* e *T-shirts*, sob a marca comercial *Tiffosi*.

Em 30 de agosto de 2013, a *G-Star* instaurou no Tribunal de Propriedade Intelectual (TPI) uma ação declarativa de condenação contra a *Cofemel*, pedindo que esta fosse obrigada a cessar a violação dos seus direitos de autor e os atos de concorrência desleal praticados contra si, bem como a indemnizá-la pelo danos sofridos e, em caso de nova infração, a pagar-lhe uma sanção pecuniária compulsória diária até à cessação desta. A *GStar* alegou, entre outros aspetos, que alguns dos modelos de calças de ganga, de *sweatshirts* e de *T-shirts* produzidos pela *Cofemel* eram idênticos aos seus modelos ARC e ROWDY, que estes últimos modelos de vestuário constituíam criações intelectuais originais e que, por essa razão, deviam ser qualificados como obras protegidas por direitos de autor. A *Cofemel* contestou alegando, nomeadamente, que os referidos modelos de vestuário não podiam ser qualificados como obras, pelo que não estavam protegidas pelo Direito de Autor. O TPI julgou a ação parcialmente procedente condenando a *Cofemel*, entre outros aspetos, a cessar a violação dos direitos de autor da *GStar*, a pagar a esta última uma quantia equivalente aos lucros que obteve com a venda do vestuário produzido em violação dos direitos de autor e a pagar-lhe uma sanção pecuniária compulsória diária em caso de nova infração.

A *Cofemel* interpôs recurso da sentença para o Tribunal da Relação de Lisboa, que a confirmou. O Tribunal de recurso entendeu que o art. 2.º, n.º 1, al. i), do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) devia ser compreendido à luz da Diretiva InfoSoc, conforme interpretada pelo TJUE nos Ac.s de 16 de julho de 2009, *Infopaq* (C5/08), e de 1 de dezembro de 2011, *Painer* (C-145/10), no sentido de que a proteção do direito de autor conferida às obras de arte aplicada, aos desenhos ou modelos industriais e às obras de *design* dependia da sua originalidade, no sentido de serem o resultado da

<sup>1</sup> Em 2007, os designers Rixt van der Tol e Pierre Morisset criaram as *ARC pants* (calças Arco) para a *G-Star*, seguindo os princípios de construção 3D da empresa. As calças utilizam fios torcidos criando um efeito *corkscrew* (saca-rolhas). Em 2010 Ruud de Bruin, um dos designers da *G-Star*, desenvolveu a *G-Star ROWDY sweatshirt* com capuz, com um esquema de cores específico e uma impressão frontal. A *G-Star* também comercializa as *ROWDY T-shirts*. Cf. RENDAS, T., *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 13, n.º6, 2018, p. 439.

criação intelectual do seu autor, sem que fosse exigido um grau particular de valor estético ou artístico. O referido Tribunal considerou que os modelos de vestuário *ARC* e *ROWDY* da *G-Star* constituíam obras que beneficiavam da proteção conferida pelo direito de autor. Por último, considerou que algum vestuário produzido pela *Cofemel* violava os direitos de autor da *G-Star*.

A *Cofemel* interpôs recurso de revista para o STJ, órgão jurisdicional de reenvio. O STJ considerou provado que os modelos em causa foram criados por *designers* que trabalhavam para a *G-Star* e por *designers* ao serviço desta que lhe transmitiram por acordo os seus direitos de autor. Considerou ainda provado que os modelos de vestuário em causa eram fruto de conceitos e de processos de fabrico reconhecidos como inovadores no mundo da moda. Por fim, deu como provado que os mesmos modelos comportavam vários elementos específicos (efeito de três dimensões, esquema de montagem das peças, local de colocação de certos componentes, etc.) que a *Cofemel* usou parcialmente na confeção do vestuário da sua marca.

O STJ salientou que o art. 2.º, n.º1, al. i) CDADC inclui expressamente as obras de arte aplicada, desenhos ou modelos industriais e obras de *design* no elenco das obras que beneficiam da proteção conferida pelo Direito de Autor, mas não especifica qual é o grau de originalidade exigido para que determinados objetos sejam qualificados como obras desse tipo. Esta é a questão que está no cerne do litígio que opõe a *Cofemel* e que nunca foi consensual na jurisprudência e doutrina portuguesas. Por este motivo, o STJ considerou pertinente saber se à luz da interpretação da Diretiva InfoSoc<sup>2</sup> consagrada pelo TJUE no Acs. de 16 de julho de 2009, *Infopaq* (C-5/08), e de 1 de dezembro de 2011, *Painer* (C-145/10), a proteção garantida pelo direito de autor conferida a estas obras de *design*, de arte aplicada e desenhos ou modelos se basta com o mesmo critério de originalidade que se exige a qualquer obra literária e artística, ou seja, serem originais, no sentido de serem o resultado da criação intelectual do próprio autor, ou se é possível condicionar esta proteção à existência de um grau particular de valor estético ou artístico.

Nestas circunstâncias, o STJ decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE as seguintes questões prejudiciais:

«1) [...] [A] interpretação dada pelo TJUE ao [artigo] 2.º, [alínea] a), da Diretiva [2001/29] [opõe-se] a uma legislação nacional — no caso, a norma constante do [artigo] 2.º, n.º1, [alínea] i), do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC) — que confere proteção jusautorais a obras de artes aplicadas, desenho ou modelo industriais ou obra de design que, extravasando o fim utilitário que servem, gerem um efeito visual próprio e marcante do ponto de vista estético, sendo a sua originalidade o critério central da atribuição da proteção, no âmbito dos direitos de autor[?]

2) [...] [A] interpretação dada pelo TJUE ao [artigo] 2.º, [alínea] a), da Diretiva [2001/29] [opõe-se] a uma legislação nacional — no caso, a norma constante

<sup>2</sup> Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, JO L 167 de 22.06.2001 p. 0010 – 0019.

*do [artigo] 2.º, n.º1, [alínea] i), do CDADC — que confira proteção jusautorais a obras de artes aplicadas, desenho ou modelo industriais ou obra de design se, à luz de uma apreciação particularmente exigente quanto ao seu caráter artístico, e tendo em conta as conceções dominantes nos círculos culturais e institucionais, merecerem ser qualificadas como “criação artística” ou “obra de arte”[?].»*

O TJUE respondeu à primeira questão, decidindo que o art. 2.º, al. a) da Diretiva InfoSoc deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que uma legislação nacional confira proteção ao abrigo do Direito de Autor a modelos, no caso os modelos de vestuário do processo principal, pelo facto de os mesmos, extravasando o fim utilitário que servem, gerarem um efeito visual próprio e marcante do ponto de vista estético.

Atendendo à resposta dada a esta primeira questão, o TJUE considerou que não havia que responder à segunda questão.

## 2 I COMENTÁRIO

### 2.1 Noções gerais

A legislação da UE que harmonizou o conceito de originalidade apenas o fez relativamente a determinadas matérias: os programas de computador (art. 1, nº 3 Diretiva sobre Programas de Computador<sup>3</sup>), bases de dados (art. 3 n.º1 Diretiva sobre Bases de Dados<sup>4</sup>) e fotografias (art. 6 da Diretiva sobre a Duração do Direito de Autor e dos Direitos Conexos)<sup>5</sup>. As obras que pertençam a uma destas categorias serão consideradas originais se forem resultados de criações intelectuais próprias do seu autor. Numa série de decisões que tiveram o seu início com o Ac. de 16 de julho de 2009 *Infopaq* (C5/08), o TJUE desenvolveu esta fórmula vaga e estendeu-a a todos os tipos matérias suscetíveis de proteção pelo direito de autor. Todavia, as obras de arte aplicada e os desenhos ou modelos, aparentemente, ficaram fora do alcance do conceito.

O art. 96, nº 2 do Regulamento sobre Desenhos ou Modelos (RDM) <sup>6</sup> e o art. 17 da Diretiva 98/71, de harmonização das legislações nacionais no âmbito dos desenhos ou modelos (DDeM)<sup>7</sup> expressamente determinam a exigência da cumulação de proteções via desenhos ou modelos registados e Direito de Autor. O art. 17 da DDeM determina que o desenho ou modelo protegido num Estado-membro, de acordo com a diretiva, beneficiará igualmente da legislação dos Estados-membros em matéria de direito de autor, a partir da

3 Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à proteção jurídica dos programas de computador (Versão codificada), *JO n.º L 111, 5.5.2009, p. 16–22.*

4 Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados, *Jornal Oficial n.º L 077 de 27/03/1996 p. 0020 – 0028.*

5 Diretiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 relativa ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos (versão codificada), *JO L 372, 27.12.2006, p. 12–18 (art. não alterado pela Diretiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2011).*

6 Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho, de 12 de dezembro de 2001, sobre Desenhos ou Modelos Comunitários.

7 Diretiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de outubro de 1998 relativa à proteção legal de desenhos e modelos (*JO L 289, de 28 de outubro de 1998, pp.28-33.*

data em que esse desenho ou modelo tenha sido criado ou definido sob qualquer forma. Todavia, é deixado a cada Estado-membro determinar o âmbito dessa proteção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade requerido. O art. 96, n.º 2 RDM prescreve uma proteção cumulativa para os desenhos ou modelos comunitários, com uma redação idêntica à do art. 17 da DDeM<sup>8</sup>. O objetivo das normas em causa terá sido deixar claro que o facto uma obra de arte, protegida pelo Direito de Autor, poder também ser protegida pela legislação relativa aos desenhos ou modelos não era impeditivo daquela primeira proteção. Como salienta OTERO LASTRES, a regra da cumulação deve aplicar-se em exclusivo ao caminho de ida, ou seja, uma obra protegida pelo Direito de Autor pode ser protegida também pelo Direito Industrial, como desenho ou modelo, mas a regra já não se aplica ao caminho de retorno, ou seja, não pode significar que todos os desenhos ou modelos protegidos pelo Direito Industrial devam também ser protegidos como obras pelo Direito de Autor<sup>9</sup>.

A DDeM não contém uma harmonização do regime de cumulação em matéria de desenhos e modelos com direito de autor. Perante uma enorme diversidade de sistemas nacionais na UE de não cúmulo, cúmulo parcial, mais ou menos restrito e cúmulo total, ou quase total, apenas vem afastar a não cumulação. Todavia, aparentemente, deixa aos Estados-membros total liberdade para fixarem o alcance a as condições da proteção, designadamente, em matéria de originalidade exigível para poder haver cúmulo entre a proteção via Direito de Autor e a proteção específica decorrente da Propriedade Industrial, via desenhos ou modelos<sup>10</sup>.

## 2.2 Situação de indefinição em Portugal

O legislador português limitou-se a transpor de forma acrítica a DDM, dando cumprimento ao disposto na mesma no art. 200.º do anterior Código da Propriedade Industrial (CPI) de 2003, que corresponde ao atual art. 194.º CPI de 2018 (em vigor desde 31 de julho de 2019, nesta matéria), que em nada modificou a redação anterior. Perdeu-se a oportunidade de determinar o alcance e condições da acumulação de proteções das obras de arte aplicada como desenhos ou modelos e como obras com tutela autoral, incerteza

<sup>8</sup> O art. 17 DDeM concretiza o Considerando 8, que se refere expressamente ao cúmulo de proteções entre desenhos ou modelos e direito de autor, deixando, no entanto, ao mesmo tempo aos Estados-membros a liberdade de fixarem o alcance da proteção ao abrigo dos direitos de autor e as condições em que em que é conferida essa proteção..

<sup>9</sup> OTERO LASTRES, in FERNÁNDEZ-NÓVOA/ OTERO LASTRES/ BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, Madrid, pp. 405-406.

<sup>10</sup> Dadas as diversas tradições dos países da UE, foi o compromisso que se conseguiu atingir. Cf. *Green Paper on the Legal Protection of Industrial Designs. Working document of the Commission*, Doc. 111/F/5131/91-En, junho de 1991. Apesar do facto de a proteção das obras de arte aplicada ser tão antiga como a Propriedade Industrial, levanta questões muito complexas. Ao longo do tempo ficou sempre em aberto a possibilidade de proteção cumulativa com a tutela autoral. Em muitos sistemas nacionais, atendendo ao confronto com a liberdade de concorrência, a proteção cumulativa ficou muitas vezes dependente de um maior grau de altura criativa (*Gestaltungshöhe*), como defendia a *Stufentheorie* alemã, ou de um elevado valor artístico, como decorria da *scindibilità* italiana. Já em países como a França, sempre se seguiu a tradicional teoria da unidade da arte. Cf. ROSATI, Eleonora, "CJEU rules that copyright protection for designs only requires sufficient originality", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol.14, n.º 12, pp. 931-932, em especial p, 931.

que tem dado lugar a uma doutrina díspar e a uma jurisprudência imprevisível, com prejuízo das empresas que investem em *design* criativo e inovador<sup>11</sup>.

O CPI determina, no seu art. 194.º, sob a epígrafe “Relação com os direitos de autor” que qualquer modelo ou desenho registado beneficia, igualmente, da proteção conferida pela legislação em matéria de direito de autor, a partir da data em que o desenho foi criado ou definido, sob qualquer forma. A norma resulta da transposição literal do art. 17.º da DDeM e é repetida no art. 96.º, n.º 2 do RDM.

Portugal limitou-se a transpor de forma acrítica a norma em causa, apesar de, quer a DDeM, quer o RDM, reconhecerem ao Estados-membros completa liberdade para determinar o âmbito de proteção e as condições da mesma, incluído o grau de originalidade requerido para a proteção cumulativa<sup>12</sup>.

O art. 2.º, n.º 1, al. i) do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) prevê como obras suscetíveis de proteção as obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e as obras de *design* que constituam criação artística, independentemente da proteção relativa à propriedade industrial. Nunca foi objetivo do Direito de Autor proteger apenas as obras puramente decorativas. Pelo contrário, a função não é requisito de proteção (art. 1.º, n.º 2 CDADC). Tanto se protegem as obras utilitárias (e.g. uma obra de arquitetura, uma peça de *design* traduzida numa cadeira, num copo, em vestuário, ou acessórios de moda) como as obras consideradas de arte pura (e.g. um quadro, uma escultura, uma serigrafia)

A maioria da doutrina retira a existência de cúmulo parcial entre nós da relação entre o art. 194º CPI e uma certa interpretação do art. 2º, n.º 1, al. i) CDADC, no sentido de se exigir um maior valor artístico para as obras nas hipóteses de cumulação com desenhos ou modelos registados<sup>13</sup>. Essa é a posição de COUTO GONÇALVES<sup>14</sup> e de BÁRBARA QUINTELO RIBEIRO, para quem a criação artística exigida no art. 2.º, n.º 1, alínea i) do CDADC consubstancia obrigação *extra*, impondo uma apreciação do mérito, e concluindo que o CDADC parece ter adotado a *Gestaltungshöhe* do Direito alemão, em detrimento de outros critérios possíveis<sup>15</sup>. MENEZES LEITÃO refere que deverá “exigir-se uma criação artística qualificada, no sentido de que o desenho ou modelo suscite, para além da sua

11 Com bem acentua SILVA, P. SOUSA E, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, p. 166.

12 MARQUES, R., *Bioteologias(s) e Propriedade Intelectual*, 2 Vols., Coimbra, Almedina, 2007, p. 1237.

13 O art. 163.º CDADC especifica que a proteção aqui referida se estende às maquetas de cenários, figurinos, cartões para tapeçarias, maquetas para painéis cerâmicos, azulejos, vitrais, mosaicos, relevos rurais, cartazes e desenhos publicitários, capas de livros e, eventualmente, à criação gráfica que estes impliquem, que sejam criação artística.

14 Caso a obra seja simultaneamente protegida pelos direitos de autor e pelos desenhos ou modelos, na prática, o autor pode continuar a gozar do direito de exclusivo desenho ou modelo, mas via direito de autor. GONÇALVES, L. M. COUTO não concorda com esta proteção tão longa e propõe uma solução de compromisso, *de iure constituto*, de analisar este direito de exclusivo, que permite aos seus titulares oporem-se a que outros concorrentes o possam usar, à luz do abuso de direito, como forma de salvaguardar o interesse público da livre concorrência. Ou seja, para o autor não seria de ultrapassar o prazo dos 25 anos. GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 8ª ed atualizada, Almedina, Coimbra., pp. 164-165 e nota 358.

15 RIBEIRO, B. QUINTELA, “A Tutela jurídica da moda pelos regimes dos desenhos ou modelos”, ASCENSÃO, J. OLIVEIRA (Coord.), *Direito Industrial*, Vol V, 2008, Almedina, Vol. V. pp. 477-528. A autora repete esta ideia ao longo de todo o seu texto, nomeadamente a p. 501 ss. e p. 506 ss.

aplicação funcional, uma apreciação de mérito em termos estéticos, que seja objeto de reconhecimento externo”<sup>16</sup>. OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que em várias ocasiões a lei faz depender a obra utilitária de um requisito especial. É o que se passa nas obras de artes aplicadas e semelhantes, na medida em que a al. i) do n.º 1 do art. 2.º CDADC exige que as obras constituam criação artística, exigência que não é efetuada para as outras categorias de obras artísticas. “Isto só pode significar uma exigência reforçada de proteção”<sup>17</sup>. A lei quer afastar do Direito de Autor as obras de mero caráter utilitário, que já são tuteladas suficientemente pelo Direito Industrial. “Isto significa que a lei só permite a entrada no Direito de Autor das obras de artes aplicadas quando o seu caráter artístico prevalecer claramente sobre a destinação industrial do objeto”<sup>18</sup>.

Pela nossa parte, entendemos que não se deve seguir o caminho interpretativo proposto quanto à alínea i) do n.º 1 do art. 2.º CDADC, de resto hoje já ultrapassado mesmo na Alemanha<sup>19</sup>. A aceitar a argumentação dos autores mencionados, teremos de salientar a forma desastrada como a exigência é feita na alínea i) do n.º 1 do art. 2.º CDADC. Em vez de haver uma referência expressa à exigência de uma certa altura criativa, o legislador apenas refere que as diversas realidades em causa (que não distingue) têm que se revestir de caráter artístico. A referência aparece redundante, uma vez que as obras em causa já pertencem ao domínio artístico, por força do n.º 1 do art. 1.º CDADC, sob pena de não poderem ser obras protegidas. A implícita referência ao mérito entra em contradição com a cláusula geral constante do corpo do art. 2.º CDADC que exclui expressamente o mérito dos requisitos de proteção. Por último, o legislador não exige maior altura criativa, como fazem outras legislações, apenas afirma que as criações em causa devem ser uma criação artística, o que deixa ao intérprete a espinhosa questão de saber o que isso seja, em

16 LEITÃO, L. M. TELES de MENEZES, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 89.

17 Cf. ASCENSÃO, J. DE OLIVEIRA, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 92 ss., em especial, p. 94.

18 Ob. cit., p. 94.

19 O modelo de cumulação parcial teve a sua origem e expoente máximo na *Stufentheorie* do Direito Alemão, na exigência de uma certa altura criativa (*Gestaltungshöhe*). Na sequência da reforma da lei sobre desenhos ou modelos de 2004, o BGH veio a mudar a sua posição. A mudança já se nota no Ac. de 12.05.2011, SEILZIRZUS (I ZR 53/10), mas é patente no Ac. de 13.01.2013, GEBURTSTAGSZUG (I ZR 143/12). O BHG, neste último Ac. determinou que após a reforma do direito dos desenhos ou modelos deixou de haver uma relação entre níveis de direito de autor e do direito dos desenhos ou modelos, razão pela qual deixou de se justificar o requisito adicional da altura criativa para a proteção pelo direito de autor. O BGH não deixou, no entanto, de realçar que a proteção pelo direito de autor não pode ser concedida às formas cujo efeito estético se deva apenas à finalidade do objeto, mas apenas àquelas que se traduzam numa realização artística. (Desenvolvidamente, sobre a *Designgesetz* de 2004, que passou a ter esta designação em 2014, com a entrada em vigor da alteração introduzida em 10.10.2013, LEHMANN, H., FALCKENSTEIN R., VOGEL v., KÜHNE, M., *Designgesetz*, 5.ª ed. atualizada, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 45, BECK'S, Munique, 2015; GONÇALVES, L. M. COUTO, ob. cit., p. 163; SILVA, P. SOUSA E, *Direito Industrial* cit., pp. 176-178).

Em Espanha existe também um sistema de cúmulo parcial, agora colocado em causa com o Ac. *Cofemel*. O desenho ou modelo pode ser protegido pelo Direito de Autor (TRLPI, Arts. 1.º e 10.º) se for uma arte aplicada original. Tudo dependerá da originalidade, aparentemente dependendo da interpretação do conceito de originalidade, a maior ou menor possibilidade de proteção pelo Direito de Autor. A disposição adicional décima da Lei sobre Desenhos (Ley 20/2003, de 7 de julho) prevê um critério quantitativo do grau de nível artístico da obra. Caso não seja preenchido, apenas se pode aplicar a proteção via Propriedade Industrial prevista na lei sobre proteção dos desenhos. Com mais pormenor, OTERO LASTRES, “Rasgos conceptuales del diseño industrial”, FERNANDÉZ-NÓVOA, OTERO LASTRES, BOTANA AGRA (org.), *Manual de la Propiedad Industrial*, cit., pp. 345-347. GONÇALVES, L. M. COUTO, ob. cit., p. 163; SILVA, P. SOUSA e, ob. cit., pp. 178-179.

termos de criatividade reforçada, com a incerteza que tal implica.

Temos relutância em fazer maiores exigências, em termos de originalidade, para as obras de arte aplicada, por ser bastante complexa a distinção entre obras de arte pura e arte aplicada em situações limite. De qualquer modo, isso não significa que aceitemos o cúmulo total, que nos parece irrazoável (em rigor, mesmo impossível, dados os diversos requisitos de proteção). Apenas os desenhos ou modelos com que sejam ao mesmo tempo obras do domínio artístico podem beneficiar da proteção cumulativa. Por muito novo e singular que seja o desenho ou modelo, tais características, por si só, não o habilitam a uma proteção pelo Direito de Autor. Se nunca foi uma obra de arte, o bem imaterial não passará a ser tido como tal por ser protegido como desenho ou modelo. A resposta à questão da cumulação deve colocar-se noutra sede, ou seja, quando procuramos saber em que casos estamos perante uma obra do domínio artístico. Colocando a questão nesta outra sede anterior, teremos a vantagem de evitar tentar extrair conclusões de uma norma que se nos afigura redundante e pouco esclarecedora, com a vantagem de não termos que distinguir arte pura de arte aplicada, seguindo o ensinamento de EUGÈNE POUILLIET, a quem se deve o princípio da “unidade da arte” formulado no início do século passado. O autor nunca teve por objetivo qualquer banalização da proteção das obras do domínio artístico. Para haver cumulação de proteções exigia que o desenho ou modelo fosse simultaneamente uma obra. POUILLIET partia da ideia de que todas as obras, independentemente da sua finalidade utilitária, podiam ser cumulativamente protegidas pelo Direito de Autor e pela Propriedade Industrial. A proteção pelo direito de autor para os desenhos ou modelos não se subordinava à separação do valor artístico da criação relativamente ao produto industrial, nem exigia um particular nível criativo. As duas modalidades de proteção não se excluíam, sendo complementares. Esse entendimento de Eugène POUILLIET foi totalmente desvirtuado pela jurisprudência francesa a ponto de o produto mais banal já ter sido considerado como criação artística merecedora de tutela cumulativa pelo Direito de Autor<sup>20</sup>.

A exigência de que a criação intelectual original exteriorizada pertença ao domínio artístico implica, por si só, que a obra se expresse através de formas, cores, volumes, texturas, etc., e que, segundo alguma doutrina, despertando uma emoção estética, seja de

---

20 POUILLIET, E., *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, Marchal et Billard, Paris, 1911. O art. L-511-1 e ss do *Code de la Propriété Intellectuelle*, alterado pela *Ordonnance 2001/670 de 25/7/2001*, acolhe o princípio da unidade da arte. No CPI francês estão expressamente referidas as criações de moda (art. L112-2-14.º CPI). A perspetiva que defendemos consta dos trabalhos preparatórios da DDeM e do RDM. No *Green Paper on the Legal Protection of Industrial Designs*, de 1991, a Comissão Europeia afirmava que “no design should be denied protection under copyright for the sole reason that it has been registered either at national or at the Community level”. Daqui parece decorrer que o objetivo da regra da cumulação sempre foi, sobretudo, evitar que uma obra merecedora de tutela pelo Direito de Autor pudesse perder essa proteção devido ao facto de ter sido registada como desenho ou modelo. O objetivo não era alargar a tutela a todo e qualquer desenho ou modelo, como acontece no cúmulo total (Neste sentido, SILVA, PEDRO SOUSA E, “Desenhos ou Modelos no novo CPI. O que muda, o que não muda, e o que muda com o Ac. Cofemel”, *Revista de Direito Intelectual*, nº 2, 2019, pp.189-204, em especial pp. 196-197). O art. L-511-1 e ss do *Code de la Propriété Intellectuelle*, alterado pela *Ordonnance 2001/670 de 25/7/2001*, acolhe o princípio da unidade da arte. No CPI francês estão expressamente referidas as criações de moda (art. L112-2-14 CPI).

agrado ou desagrado, seja reconhecida como arte pelo meio artístico. Para não cairmos num subjetivismo excessivo, preferimos afirmar que a obra pertencerá ao domínio artístico se for considerada como tal pelo meio artístico, independentemente da emoção estética que possa despertar. Quem deverá avaliar se a obra em causa é uma obra de arte são os círculos especializados, nunca o juiz, devendo, caso se afigure necessário, haver recurso a prova pericial<sup>21</sup>.

Na jurisprudência portuguesa é claro o “desnorte” existente sobre a cumulação de proteções. Num Ac. do Tribunal Relação (TR) de Guimarães<sup>22</sup> foi negada proteção pelo Direito de Autor a uma linha de torneiras para cozinha e casa de banho, criadas pelo Arq. Carvalho Araújo porque as torneiras não se enquadram no mundo da arte, segundo o julgador<sup>23</sup>. Já o Ac. do TR do Porto decidiu em sentido diverso, reconhecendo direitos de autor a um *designer* de mobiliário sobre um cadeirão que havia sido ilicitamente imitado<sup>24</sup>. O TR de Lisboa, em Ac. confirmado pelo STJ, reconheceu tutela de direito de autor aos modelos de armaduras de iluminação criadas pelo Arq. Souto Moura (invocando a jurisprudência *Infopaq*)<sup>25</sup>. O mesmo TR de Lisboa, em sentido oposto, recusou proteção autoral a papéis, bancos e floreiras em betão, também em Ac. confirmado pelo STJ, por não as considerar criações artísticas<sup>26</sup>. O mesmo aconteceu com o TR do Porto, que negou a qualidade de obras a modelos de mobiliário criados para o exterior por não serem criações artísticas com individualidade e novidade<sup>27</sup>. Já no caso Cofemel, quer o TPI quer o TR de Lisboa reconheceram proteção autoral a calças de ganga, *sweatshirts* e *T-shirts*.

Neste contexto, o Ac. Cofemel, que surgiu poucas semanas após a entrada em vigor do CPI 2018, trouxe alguma luz para estas questões que o legislador português tem mantido por resolver ao renunciar ao uso da faculdade atribuída aos Estados-membros, pelo n.º 2 do art. 17 da DDeM, pese embora o Ac. tenha ficado muito aquém do desejado.

### **2.3 O conceito de obra também está harmonizado na UE no âmbito das obras de arte aplicada**

Antes do Ac. *Cofemel* a jurisprudência do TJUE progressivamente veio concretizar a necessidade de garantir a tutela cumulativa. Começou por impedir o afastamento do cúmulo de proteções (que existia, designadamente, em Itália antes da transposição da DDeM) no caso *Flos*<sup>28</sup>, ao determinar que o n.º 2 do art. 17 da DDeM não pode ser interpretado no sentido de os Estados-membros terem a faculdade de conceder ou não proteção dos

21 Neste sentido, mais desenvolvidamente, SILVA, P. SOUSA e, ob. cit., pp. 191.

22 Ac. do TR de Guimarães de 27.02.2012, Proc. 1607/10.3TBRRG.GI C, J. M. Carvalho Araújo v. Bruma, rel. Manso Rainho.

23 Desenvolvidamente, leiam-se as pertinentes críticas a este Ac. de SILVA, P. SOUSA E, *Direito Industrial*, cit., pp.187-188.

24 Ac. TR do Porto, de 21.12.2006, Proc. 0633334, rel. José Ferraz.

25 Ac. TR de Lisboa de 10.04.2018, Proc. 225/13.9YHKSBL1-7, rel. M. Amélia Ribeiro. O Ac. foi confirmado pelo STJ sem que este procedesse a qualquer reenvio para o TJUE, ao contrário do que aconteceu no caso Cofemel. Ac. STJ de 14.13.2019, rel. Oliveira Abreu.

26 Ac. TR Lisboa de 9.01.2018, Proc. 76/14.3YHLSB, rel. Carla Câmara; Ac. STJ de 27.09.2018, rel. Olindo Geraldês.

27 Ac. TR Porto de 25.10.2018, Proc. 36412,3TVPR, rel. Inês Moura.

28 Ac. do TJUE, de 27 de janeiro de 2011 (C-168/09, *Flos v. Semeraro Casa e Família, Parágrafos 36 a 38*).

direitos de autor a um desenho ou modelo que tenha sido objeto de registo num Estado-membro ou com efeitos num Estado-membro. Os Estados-membros podem optar pelo regime de cumulação que considerem mais adequado, mas não podem deixar de a admitir.

Antes da decisão *Cofemel* era uma questão em aberto saber se os requisitos de proteção para as obras de arte aplicada deviam estar fora do âmbito da harmonização do Direito de Autor<sup>29</sup>. Os arts. 17 DDeM e 96, n.º 2 RDM podiam ser invocados como exceção à norma do art. 2, al. a) da Diretiva InfoSoc, impondo a cumulação, mas deixando aos Estados-membros a harmonização da noção de obra e as condições de proteção<sup>30</sup>. Este seria um forte argumento no sentido de que o TJUE não se poderia opor à legislação díspar existente. Todavia, já caso *Flos* o TJUE havia considerado que os desenhos ou modelos não registados, que não estão previstos no art. 17 DDeM, devem gozar de uma proteção pelo autoral com critérios idênticos aos estabelecidos no caso *Infopaq*<sup>31</sup>. O Advogado Geral (AG) Szpumar, que o TJUE parece ter seguido, concluiu que o art. 17 DDeM e o art. 96, n.º 2 do RDM fortalecem o princípio da tutela cumulativa, no sentido de que não pode ser recusada proteção autoral simplesmente por haver uma proteção como desenho ou modelo. As referidas normas não podem excluir as obras de arte aplicada do escopo de harmonização da Diretiva InfoSoc. Ao contrário do TJUE que nada disse a propósito, o AG explicou porque<sup>32</sup>.

## 2.4 Não há uma noção diferenciada de obra de arte para os desenhos ou

29 ENDRICH-HAIMBÖK, T., “Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in *Cofemel*”, G.R.U.R. Int., 2020, em especial pp. 1-2.

30 Cf. BENTLY, L., “The return of Industrial Copyright (2012) E.I.P.R., pp. 654-672; KUR, A., “Unité de l’art is there to stay- *Cofemel* and its consequences” *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, n.º 19-16, pp. 1-22, em especial p.2.

31 Cf. BENTLY, L., ob. cit., pp. 667-668.

32 A aplicação do Direito de Autor aos desenhos ou modelos previstos no art. 96, n.º 2 DDeM está sujeita à harmonização das normas de direito autoral, como resulta do Considerando 32 do RDM. Após a harmonização do Direito de Autor ter sido conseguida pela Diretiva InfoSoc e pela sua interpretação por parte do TJUE, as condições da sua aplicação terão que ser as mesmas em todos os Estados-membros. Qualquer referência à lei nacional terá de ser entendida como uma referência à lei nacional tal como pré-determinada pela lei da EU. Não obstante o prazo de transposição da Diretiva InfoSoc, dezembro de 2002, ter terminado meses depois de o RDM ter entrado em vigor, em março de 2002, o que significa que a harmonização do Direito de Autor pela Diretiva InfoSoc ainda não estava concluída quando o RDM entrou em vigor, uma vez entrada em vigor a Diretiva InfoSoc, a liberdade dos Estados-membros passou a estar restringida. Enquanto o art. 9 da Diretiva InfoSoc deixa intactas as normas sobre desenhos ou modelos, o art. 17 DDeM e o art. 96, n.º 2 RDM contém normas sobre a proteção jus-autoral dos desenhos ou modelos, incluindo-se assim as mesmas no âmbito da Diretiva InfoSoc. Caso o legislador da UE desejasse deixar as obras de arte aplicada por harmonizar, o art. 1 da Diretiva InfoSoc faria uma referência expressa sua exclusão, do âmbito da Diretiva. Embora a Diretiva InfoSoc apenas harmonize alguns aspetos relacionados com a Sociedade da Informação, isto não significa que os desenhos ou modelos incorporados em objetos físicos fiquem fora da proteção. O AG referiu-se a argumentos de direito público, o que deixaria a aplicação do Direito de Autor nos desenhos ou modelos para a legislação nacionais, mas sem prejuízo das obrigações derivadas da UE. Assumindo que o art. 7 da Convenção de Berna constitui uma exceção à Diretiva InfoSoc, seria de aplicar a sua regra da reciprocidade que, sendo uma fonte de discriminação, seria abolida pelo art. 96, n.º 2 RDM. Seria um objetivo contrário ao do mercado interno. O AG relembrou o Ac. *Flos* em que o TJUE determinou que a liberdade dos Estados-membros para regular a proteção autoral dos desenhos ou modelos não inclui o prazo de proteção, pois este já está harmonizado pelas Diretivas sobre prazos de proteção dos direitos de autor. O mesmo se pode dizer da Diretiva InfoSoc, que harmoniza o conceito de obra, retirando a questão dos requisitos de proteção da liberdade concedida pelo art. 17 DDeM e art. 96, RDM. Cf. as conclusões 37 a 47 do AG. Também, em particular, ENDRICH-HAIMBÖK, T., “Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in *Cofemel*”, G.R.U.R. Int., 2020, em especial pp.1-3.

## modelos

O conceito unitário que o TJUE desenvolveu para definir o que é uma obra, que começou com o Ac. *Infopaq*, aplica-se também às obras de arte aplicada<sup>33</sup>. No Ac. *Infopaq* e seguintes, o TJUE desenvolveu um conceito autónomo e completamente harmonizado de obra protegida pelo Direito de Autor no sentido de esta ser uma criação do seu autor - C-5/08 *Infopaq* ; C-145/10-*Painer*; C-403/08 e C-429/08 *Football League e Karen Murphy*; C-604/10 *Football Dataco* -resultante das suas escolhas criativas, ou seja, pressupondo um espaço de liberdade (*Spielraum*) – C-145/10 *Pianer*; C-403/08 e C-429/08 *Premier League e Karen Murphy*; C-310/17, *Levola Hengelo*; C-604/10 *Football Dataco* – e refletindo a sua personalidade. Não há outros critérios adicionais para aferir a originalidade da obra<sup>34</sup>. O TJUE deixou também claro que o objeto de proteção pelo Direito de Autor deve ser expresso de forma a que o mesmo seja identificável com suficiente precisão e objetividade – C-310/17, *Levola Hengelo v. Smilde Foods*, em especial parágrafo 40.

### 2.5 Efeito estético marcante e funcionalidade não significam obra original

A mensagem do TJUE é ambígua muito por culpa da forma como o STJ colocou a questão ao TJUE. O STJ queria apenas saber se a referência no art. 2º, nº1, al. i) CDADC ao valor artístico significaria, para haver cumulação de proteção, uma originalidade mais elevada, ou se bastaria a originalidade comum a todo o tipo de obras, requisito geral de proteção decorrente da aplicação dos critérios do Ac. *Infopaq*, tal como foi o entendimento do TR de Lisboa. Todavia a primeira questão do STJ não tem esse conteúdo, o que criou um dilema para o TJUE, que, por um lado não se queria afastar dos critérios *Infopaq*, e jurisprudência subsequente, tal como o AG, mas por outro lado, não queria conceder proteção no caso concreto. Daí no Ac. *Cofemel* se decidir que a cumulação entre desenhos e modelos e direito de autor não pode ser excluída, embora esta não seja a regra geral, mas uma exceção que se aplica a certos casos, mas não a este<sup>35</sup>.

O TJUE conclui que o conceito unitário de obra afasta que a legislação nacional também confira proteção às obras de arte aplicada, desenhos ou modelos e obras de *design*, que além da função utilitária que servem criem a seu próprio e distintivo efeito do ponto de vista estético. Por duas razões. De acordo com a primeira, em que o AG coloca o acento na dicotomia ideia/expressão em que se baseia o Direito de Autor, o TJUE considera que de acordo com o sentido normal do termo qualquer “efeito estético” resulta de uma impressão subjetiva, de algum critério de beleza, ou mais, amplamente, diríamos, de uma percepção sensorial. Em consequência, este critério não identifica de forma clara e precisa o objeto de proteção pelo direito de autor tem de ser expresso de forma que possa ser identificado com suficiente precisão e objetividade, tal como já havia sido referido no Ac.

33 ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., pp. 1-3.

34 Como já decorria das Diretivas *supra* referidas em matéria de programas de computador, bases de dados e fotografias.

35 C.683/17 *Cofemel*, parágrafo 52; Conclusões do AG Szpumar parágrafos 50 e seguintes.

C-310/17 *Levola Hengelo*.<sup>36</sup>, o que torna insuficiente qualquer consideração baseada em critérios necessariamente subjetivos como é o da aparência estética do objeto. A presença de efeito visual estético significativo nas peças de vestuário, em si, não justifica que os mesmos possam ser protegidos como obras de arte. Um efeito estético não é, em si, identificativo da existência de uma criação intelectual, i.e., de originalidade<sup>37</sup>. Há um vasto número de fenómenos naturais com efeito estético que não foram criados pelo autor, pelo que não podem ser originais. O conceito geral de originalidade está centrado no autor, vira-se mais para dentro, menos preocupado com o resultado do que com o processo de criação. Neste contexto conceptual, requisitos que se relacionam com as características do objeto que não refletem necessariamente as características do processo de criação não podem constituir alternativa ao critério de originalidade<sup>38/39</sup>.

Segundo o AG, no caso estamos perante ideias que comportam diversas formas de expressão, ou são mesmo características funcionais, que não são protegidas pelo Direito de Autor.<sup>40</sup> Mas será que o AG não confunde a descrição da G-STAR, que, na verdade, pode transmitir uma ideia com várias formas de expressão, com o vestuário em si, que é o que está em causa e manifesta uma específica manifestação dessas ideias? E quanto à funcionalidade, será que o AG pretende transmitir a ideia de que quanto mais um item corresponde na sua aparência ao género (calças, *sweatshirts*, *t-shirts*) menos escolhas criativas poderão existir? Se forem essas as ideias, são totalmente inaceitáveis, porque estaríamos a reintroduzir a diferença entre obras de arte aplicada e os outros tipos de obra, o que o próprio AG até ao parágrafo 50 das suas conclusões afasta e o TJUE afasta ao insistir que se devem seguir os critérios da jurisprudência *Infopaq* e seguintes: a originalidade requerida deve ser igual para todos os tipos de obras<sup>41</sup>.

---

36 C-683/17 *Cofemel*, parágrafos 33 e 34 e C-310/17 *Levola Hengelo v Smile Foods*, parágrafo 40, para os quais se remete.

37 C-687/17 *Cofemel*, parágrafo 54.

38 ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., p. 3.

39 Como a referência à estética faz parte da expressão “efeito visual esteticamente significante”, há aqui uma relação com a referência ao requisito da singularidade em matéria de desenhos ou modelos C-683/17 *Cofemel*, parágrafo 50. Neste sentido KUR, A., ob. cit., p. 6. LEISTNER, M., tem uma opinião diversa. In “Einheitlicher europäischer Werkbegriff auc im Bereich der angewandten Kunst- Warum sich für die deutsche Praxis dennoch nicht viel ändern sollte”, G.R.U.R., 2019, pp.1114-1120, em especial p. 1117, entende que o TJUE estava visivelmente preocupado, ao considerar a aparência estética relevante, por tal equivaler a considerar qualquer desenho ou modelo merecedor de proteção pelo direito de autor.

40 C-683/17 *Cofemel*, Conclusões do AG Szpunar, parágrafo 60.

41 Desenvolvidamente, no mesmo sentido, demonstrando esta incongruência KUR, A., ob. cit, pp. 7-9, dando como exemplo o Ac. C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff*. Na fotografia mostrava-se a ponte romana, a Mesquita Catedral e o Alcazar do outro lado do rio Guadalquivir. Trata-se do cartão de visitas normal das atrações da cidade, simbolizando diversos aspetos históricos da cidade. Esta vista é registada inúmeras vezes por máquinas fotográficas e telemóveis de turistas de todo o mundo. Mas isto não impediu que aquela fotografia em particular fosse o resultado das escolhas criativas do seu autor. O motivo é um “protótipo” que em nada afeta as escolhas. As escolhas encontram-se nos detalhes que tornaram aquela fotografia única entre um inúmero número de outras. Porque é que o mesmo raciocínio não se aplicou às calças de ganga e as *sweatshirts* e *t-shirts* da G-Star que também foram o resultado das escolhas criativas efetuadas pelos designers de moda, mesmo que em pequenos detalhes?

## 2.6 Ausência de quaisquer orientações no Ac. *Cofemel* para apurar o critério de originalidade em matéria de desenhos ou modelos.

Não encontramos no Ac. *Cofemel* critérios indiciários para responder à questão de descobrir se uma obra de arte aplicada é ou não original, isto quando é certo que no passado o TJUE deu uma série de indicações específicas para a apreciação em concreto da originalidade em outros tipos de obras. Por exemplo, no caso C- 145/10, *Painer*, em matéria de fotografias. A falta de qualquer especificação pelo TJUE no que toca ao critério de originalidade das obras de arte aplicada parece-nos um passo atrás perante a tão discutida potencial falta de harmonização desta área, deixando um sabor amargo<sup>42</sup>. O único critério válido que se pode inferir do Ac. é que o Direito de Autor é neutro do ponto de vista estético. Esta avaliação, que depende do gosto pessoal, é totalmente indiferente para efeitos de proteção pelo Direito de Autor (como decorre, aliás, do corpo do art. 2.º CDADC). Mas isto é um dado assente e nada traz de novo. Quanto ao aspeto funcional, também é um dado assente que a função não é protegida pelo Direito de Autor e que se não houver espaço de jogo (*Spielraum*) se a forma for imposta pela função, o bem em causa também não pode ser protegido pelo Direito de Autor. A obra tem de ser fruto das escolhas criativas. Mas também aqui nada surge de novo. Os dois argumentos centrados no Direito de Autor invocados não acrescentaram nada ao que é um dado adquirido no Direito de Autor desde há muito.

Mas na falta de orientações específicas, as observações do TJUE sobre a relação entre direito de autor e *design*, ou desenhos ou modelos, podem traduzir-se num guia potencial para a aplicação do critério de originalidade<sup>43</sup>?

As proteções em causa servem diferentes objetivos e estão sujeitas a diferentes regimes. Uma proteção cumulativa é possível, mas só em certos casos. Decorre dos parágrafos 50 a 52 do Ac. que, como a proteção autoral é muito mais longa do que a proteção como desenhos ou modelos, é mais ampla e deve ser limitada a certos desenhos ou modelos particularmente merecedores de proteção<sup>44</sup>. O TJUE e o AG, de um ponto de vista estrutural, enfatizam a necessidade de não haver uma cumulação total entre os desenhos e modelos e o direito de autor, atendendo aos diferentes objetivos de uns e outros<sup>45</sup>. Os desenhos ou modelos visam promover a capacidade industrial do *design*, funcionam como meios de *marketing*, enquanto o direito de autor se centra na relação entre o autor e a sua obra<sup>46</sup>.

42 Neste sentido LEISTNER, ob. cit., pp. 1117-1118; ENDRICH-HAIMBÖCK, T., ob. cit., p. 3.

43 ENDRICH-HAIMBÖCK, T., ob. cit., p. 3.

44 LEISTNER, ob. cit., pp. 1116-1117, acentua que garantir uma proteção demasiado ampla nas hipóteses de cumulação minaria as opções legislativas matizadas no específico sector dos desenhos ou modelos, com o seu objetivo de proteção mais estreito em termos de duração, necessidade de registo e limitações e exceções mais estritas. Daqui poderia decorrer a ratio regra-exceção visa limitar as hipóteses de cumulação de proteções.

45 C-683/17 *Cofemel*, Conclusões do AG Szpunar, parágrafos 51 a 58 e TJUE parágrafos 50 a 52

46 De acordo com uma linha imaginária relacionando o criador (autor/*designer*), a criação (obra/*design*) e o público, o acento no âmbito do Direito de Autor é colocado no primeiro sector da linha, na relação pessoal autor e obra. Em matéria de desenhos ou modelos o foco é colocado no segundo sector, na relação comunicacional entre o desenho ou modelo

### 2.6.1 A cumulação parcial é meramente descritiva

A cumulação parcial é o conceito adotado *de lege lata*. Mas que orientações é que podemos retirar do Ac. *Cofemel* desta noção de cumulação parcial? Como é que o objetivo da cumulação parcial pode influenciar a interpretação? A resposta que podemos retirar do Ac. é, de forma nenhuma. Falta no Ac. uma relação entre os requisitos de proteção e consequente o âmbito da proteção de ambos os regimes<sup>47</sup>. O AG explica a diferença entre a proteção dos desenhos ou modelos e a proteção das obras com base no facto de nos primeiros se exigir novidade objetiva, ao contrário do que acontece no segundo caso, em que cabe antes falar em novidade subjetiva no que concerne ao requisito da originalidade centrado no autor. O Direito de Autor não pressupõe novidade objetiva, ao contrário da tutela própria dos desenhos ou modelos. Trata-se de diferenças conceptuais, não de grau. Por este facto a cumulação total está afastada. Em resultado, a cumulação parcial existe independentemente do nível de originalidade requerido em matéria de desenhos ou modelos. Mais uma vez, daqui não se retira nada de novo<sup>48</sup>.

É objetivo do sector específico dos desenhos ou modelos assegurar uma proteção adequada que garanta que o equilíbrio entre as necessidades da concorrência e o incentivo à inovação não sejam distorcidos. Tal pode ser afetado por uma proteção autoral excessiva. Todavia, há que ter em conta que a cumulação *per se* está prevista na lei. O facto de apenas uma parte dos desenhos ou modelos, os que não são suscetíveis de proteção autoral, serem sujeitos a certas exceções e limitações decorre do próprio sistema de proteção dos desenhos ou modelos. Daqui resulta que há sempre um âmbito teórico que exige que seja de aplicar a legislação específica dos desenhos ou modelos. Esta legislação cumpre as suas finalidades e é efetiva porque nunca se pretendeu regular todo o âmbito dos desenhos ou modelos.

Não colhe o argumento, segundo o qual, ser mais generoso em matéria de proteção via direito de autor esvazia a proteção via desenhos ou modelos. Não é por haver proteção cumulativa que o recurso à proteção via registo como desenho ou modelo vai ser afetada. O registo, além de garantir a novidade, acarreta a vantagem de um direito mais facilmente demonstrável, passando o ónus da prova para quem o contesta. A novidade protege as indústrias *start-up*, que garantem que o seu desenho ou modelo não será imitado e parece-nos uma enorme mais valia para lançar e dar a conhecer o produto no mercado. A inversão do ónus da prova como estratégia empresarial tem muito mais interesse para as

---

e o público, é esta perspetiva de mercado que interessa. Nada de novo se retira destas considerações, que são puramente descritivas Cf. Comissão das Comunidades Europeias Bruxelas, 19.07.1995, Com (95) 370 final, Livro Verde, *A proteção dos modelos industriais no mercado interno*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51995DC0370&from=LT>, último acesso em 22.03.2020. Pela nossa parte este afastamento do Direito de Autor do mercado deixa-nos muitas dúvidas na atual Sociedade da Informação, e não nos parece que possa ser critério para a não cumulação de proteções.

<sup>47</sup> ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., p. 4.

<sup>48</sup> KUR, A., ob. cit., p. 10.

empresas em causa, já para não mencionar as vantagens processuais e, naturalmente, as especificidades do exclusivo da proteção via desenhos ou modelos<sup>49</sup>.

### 2.6.2 Preocupações de política legislativa em matéria de cúmulo de proteções

Mais um resultado das considerações puramente descritivas do TJUE no Ac. Cofemel é a de que qualquer incoerência injustificada resultante do cúmulo de proteções não pode ser mitigada por aplicação do Direito de Autor. Para quem procure coerência entre os regimes à luz de uma interpretação sistemática da relação entre a proteção autoral e a proteção via desenhos ou modelos, o TJUE não oferece qualquer base normativa. Para combater os efeitos negativos da cumulação de proteções e criação de um sistema coerente da proteção do *design* por ambos os regimes, nomeadamente tendo em conta as exceções e limitações próprias dos desenhos ou modelos, em especial tendo em conta os seus aspetos funcionais e técnicos, bem como as peças sobressalentes e um eventual prazo de proteção mais curto, tal terá de ser efetuado *de lege ferenda*<sup>50</sup>.

## 3 | CONCLUSÃO

O Ac. *Cofemel* dá orientações para os Estados-membros no sentido de clarificar que o conceito unitário de obra se aplica a todos os tipos de obras, incluídas as obras de arte aplicada. Quanto às dificuldades do critério levantadas pelo conceito de originalidade a nível da aplicação aos casos concretos, embora seja o decorrente do Ac. *Infopaq* e seguintes, porque tal se deduz do conceito de obra unitário adotado, o TJUE não dá quaisquer orientações, deixando aos tribunais nacionais as dificuldades resultantes deste sector específico. Todas as observações acerca da relação entre a proteção autoral e a proteção por desenhos ou modelos que encontramos ao longo do processo são puramente descritivas. Por isso, não é possível, a partir do Ac. *Cofemel* conseguir criar um sistema de proteção cumulativa do *design* via autoral e via desenhos ou modelos coerente por via interpretativa. Tal terá de ser tarefa do legislador.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, J. DE OLIVEIRA, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

BENTLY, L., "The return of Industrial Copyright" E.I.P.R., 2012, pp. 654-672.

GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual de Direito Industrial Propriedade Industrial a Concorrência Desleal*, 8ª ed atualizada, Almedina, Coimbra.

49 Em sentido coincidente relativamente às vantagens do registo, KUR, A., ob. cit., p. 12; desenvolvidamente ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., p. 5; ROSATI, E., ob. cit., p. 932.

50 Cf. ENDRICH-HAIMBÖK, T., ob. cit., p. 6; desenvolvidamente KUR, A., pp.14-19

ENDRICH-HAIMBÖK, T., “Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in Cofemel”, *G.R.U.R. Int.*, 2020, pp. 1-6.

KUR, Annette, “Unité de l’art is there to stay- Cofemel and its consequences” *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, n° 19-16, pp. 1-22.

LEHMANN, H., FALCKENSTEIN R. VOGEL v., KÜHNE, M., *Designgesetz*, 5.ª ed. atualizada, Beck’sche Kurz-Kommentare, Band 45, BECK’S, Munique, 2015

LEISTNER, M., “Einheitlicher europäischer Werkbegrif auch im Bereich der angewandten Kunst- Warum sich für die deutsche Praxis dennoch nicht viel ändern sollte, *G.R.U.R.*, 2019, pp. 1114-1120

LEITÃO, L. M. TELES de MENEZES, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011.

OTERO LASTRES, “Rasgos conceptuales del diseño industrial”, FERNÁNDEZ-NÓVOA/ OTERO LASTRES/ BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2013.

RIBEIRO, B. QUINTELA, “A Tutela jurídica da moda pelos regimes dos desenhos ou modelos”, ASCENSÃO, J. OLIVEIRA (Coord.), *Direito Industrial*, Vol V, 2008, Almedina, Vol. V. pp. 477-528.

ROSATI, Eleanora, “CJEU rules that copyright protection for designs only requires suficiente originality”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 14, n.º12, p 2019, pp. 931-932.

MARQUES, R., *Biotecnologias(s) e Propriedade Intelectual*, 2 Vols., Coimbra, Almedina, 2007.

POULLIET, E., *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, Marchal et Billard, Paris, 1911.

RENDAS, T., *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 13, n.º 6, 2018, pp. 439-441, em especial p. 439.

SILVA, P. SOUSA E, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra.

SILVA, P. SOUSA E, “Desenhos e Modelos no novo CPI. O que muda, o que não muda e o que muda com o Ac. Cofemel, (APDI Org.), *Revista de Direito Intelectual*, 2, 2019, pp. 189-204.

RENDAS, T., *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 13, n.º 6, 2018, pp. 439-441, em especial p. 439.

## DIREITO DO MAR: O TRANSPORTE MARÍTIMO DE PRODUTOS IMPORTADOS E A APLICAÇÃO DA TECNOLOGIA COMO MEIO DE MITIGAR O IMPACTO AMBIENTAL MARINHO

Data de aceite: 01/03/2022

Data de submissão: 09/01/2022

### Anna Carolina Alves Moreira de Lacerda

Graduanda em Direito, modalidade Integral, e integrante do Grupo de Estudos sobre Direito do Mar e Direito Internacional Público “GEDIMAR” da Escola Superior Dom Helder Câmara  
Pará de Minas  
<http://lattes.cnpq.br/7638885643757353>

### Edwiges Carvalho Gomes

Graduanda em Direito, modalidade Integral, e integrante do Grupo de Iniciação Científica “Direito e Tecnologia” da Escola Superior Dom Helder Câmara  
Vespasiano  
<http://lattes.cnpq.br/3496614378267022>

**RESUMO:** A presente pesquisa aborda a temática do consumo de produtos importados e do transporte marítimo desses bens, a partir da análise dos impactos no meio ambiente por esses fatores. Nesse contexto, a pesquisa pretende esclarecer como a tecnologia pode ser um meio para mitigar o consumo e promover a sustentabilidade. A pesquisa proposta pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. Quanto à investigação, o tipo jurídico-projetivo. Predominará o raciocínio dialético.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Mar; Meio Ambiente; Consumo; Transporte Marítimo.

### LAW OF THE SEA: MARITIME TRANSPORT OF IMPORTED PRODUCTS AND THE APPLICATION OF TECHNOLOGY AS A MEANS OF MITIGATING THE MARINE ENVIRONMENTAL IMPACT

**ABSTRACT:** This research addresses the issue of consumption of imported products and maritime transport of these goods, from the analysis of the impacts on the environment by these factors. In this context, the research intends to clarify how technology can be a means to mitigate consumption and promote sustainability. The proposed research belongs to the legal-sociological methodological approach. As for the investigation, the legal-project type. Dialectical reasoning will prevail.

**KEYWORDS:** Law of the Sea; Environment; Consumption; Maritime Transport.

## 1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O interesse da pesquisa adveio a partir de uma notícia publicada por Costa (2017), *BBC News Brasil*, que explicita a temática da poluição do meio ambiente por transporte marítimo. Nesse contexto, com o período pandêmico, houve crescimento exponencial de compra de produtos importados, consequentemente, aumentando o número da logística do transporte. Em consonância, tem-se como objetivos da pesquisa: abordar como a legislação nacional e internacional regulam essa temática, tanto quanto os efeitos do transporte marinho no meio

ambiente e o uso da tecnologia como forma de mitigar o consumo.

Primordialmente, é necessário ressaltar que houve aumento do consumo *online* no período da pandemia do coronavírus, instaurando medidas restritivas desde 2020. Como exposto pela Revista IstoÉ, “as importações crescem principalmente da China (54,3%), Estados Unidos (65,7%) e Argentina (50,7%)” (BRANDÃO, 2021). Demonstrando, assim, a influência do impacto desse período na quantidade de consumo dos brasileiros, o que gera maior movimentação do transporte de tais produtos.

Além disso, o transporte marítimo para importar os produtos adquiridos afeta, diretamente, o meio ambiente, tanto marinho quanto terrestre. Nessa perspectiva, como explicado pelo professor Tanaka, existem dois tipos de poluição provindas de navios, operacional e acidental, mas indiferentemente dos tipos, há grande deposição de óleo no oceano, bem como a queima de combustível e a água de lastro (TANAKA, 2012). Logo, faz-se preciso a discussão desse assunto a fim de demonstrar o quão grave pode ser a poluição provinda de navios, causando problemas permanentes no meio ambiente global.

Por fim, a pesquisa a que se propõe encontra-se em estágio inicial de desenvolvimento, pertencendo à classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), mais especificamente, à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa foi, predominantemente, dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica. Assim, a pesquisa se propõe a esclarecer como a tecnologia pode ser uma ferramenta para conscientização da população brasileira em relação ao consumo de produtos e redução de importações.

## 2 | EFEITOS DO CONSUMO E DO TRANSPORTE MARÍTIMO NO AMBIENTE

Em primeiro plano, é necessário ressaltar que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), também conhecida como Convenção de Montego Bay, que regula o ambiente marinho, expõe, em seu art. 21, a obrigação do Estado costeiro de promover:

- a) segurança da navegação e regulamentação do tráfego marítimo;
- b) proteção das instalações e dos sistemas de auxílio à navegação e de outros serviços ou instalações;
- c) proteção de cabos e dutos;
- d) conservação dos recursos vivos do mar;
- e) prevenção de infrações às leis e regulamentos sobre pesca do Estado costeiro;
- f) preservação do meio ambiente do Estado costeiro e prevenção, redução e controle da sua poluição;
- g) investigação científica marinha e levantamentos hidrográficos;
- h) prevenção das infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de

Torna-se claro, portanto, que a convenção supracitada ao longo de sua redação explicita a precisão de preservar e proteger o ecossistema marinho, além dos recursos vivos, abrangendo o transporte marítimo em parte destinada exclusivamente a essa temática.

Nessa perspectiva, compreende-se que a poluição marinha é ampla e, ao mesmo tempo, provoca efeitos significativos no ecossistema marinho, como: atenuação da biodiversidade, diminuição da oxigenação da água e desequilíbrio ambiental. É nesse contexto que o consumo de produtos internacionais se destaca, sobretudo durante a pandemia desencadeada pela COVID-19, período que registrou aumento de 22% na demanda por bens de consumo, se comparado às taxas pretéritas à pandemia, como aponta Luxen, *BBC News Brasil* (2021).

Por conseguinte, pode ser destacado o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, estabelecido pelo direito ambiental brasileiro. Como explicado, o princípio do desenvolvimento sustentável objetiva uma relação harmônica entre o ser humano e os recursos naturais, tendo como base a conservação dos fundamentos da produção e reprodução do homem e suas atividades. Conciliando, assim, o crescimento econômico e a conservação do meio ambiente (NASCIMENTO, 2009). Entretanto, é notável que, ao passar dos anos, o meio ambiente tem sido cada vez mais explorado e degradado, não se atentando para esse princípio que é de suma importância.

Para mais, é acertado dizer que a poluição por navios provém do derramamento de óleo, queima de combustível, da água de lastro, entre outros fatores. Considerando o último citado, Tanaka, em seu livro *The international law of the sea*, esclarece que a água de lastro é aquela contida no interior do veículo com a finalidade de o estabilizar para navegação. Contudo, esse líquido precisa ser substituído de tempos em tempos, o que facilita a invasão de espécies estrangeiras em outros territórios, podendo causar danos na pesca, aquacultura, turismo e infraestrutura marinha, visto que a espécie introduzida no novo ambiente está acostumada a outros tipos de condições climáticas e modo de alimentação (2012).

Em consonância, ainda, pode ser posto em pauta que tais navios emitem grande porcentagem de enxofre na atmosfera. Conforme reportagem publicada pela BBC News, *Como entender (e diminuir) o impacto dos seus hábitos no meio ambiente, de roupas e comida*, é afirmado que os navios de carga, responsáveis por fazerem os transportes de produtos, emitem tanto enxofre na atmosfera que poluem mais do que os automóveis que são utilizados no cotidiano pela população mundial (COSTA, 2017), reconhecendo que não somente o ecossistema marinho sofre com as consequências desse meio de transporte, mas também o ecossistema terrestre. Contrastando, desse modo, com o direito previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 225, que prevê que

todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 1988).

Por fim, Tanaka explicita o Princípio da Precaução da seguinte forma:

A fim de proteger o meio ambiente, a abordagem de precaução deve ser amplamente aplicada pelos estados de acordo com suas capacidades. Onde houver ameaças de danos graves ou irreversíveis, a falta de certeza científica total não deve ser usada como uma razão para adiar medidas econômicas para prevenir a degradação ambiental (TANAKA, 2012, p. 239, Tradução nossa).

Sendo assim, salienta que os Estados devem agir de modo a prevenir danos irreversíveis ao meio ambiente, por meio de suas capacidades econômicas e sociais. Consequente, não apenas o governo, a população deve se preocupar em proteger e preservar o meio ambiente.

Após o abordado neste tópico, será explicado como a tecnologia pode ser utilizada como ferramenta para mitigar tal problemática e como a legislação internacional lida com essa problemática.

### **3 | DIREITO DO MAR E TECNOLOGIA NOS DIAS ATUAIS**

Como exposto anteriormente, a temática do consumo de bens internacionais está relacionada a questões relativas ao direito do mar e, por conseguinte, ao transporte marítimo. De acordo com Pereira (2014, p. 406), “desde os primórdios da raça humana, o mar constituiu fonte de alimentos, ainda limitada a princípio, e, paulatinamente, foi assumindo relevância na comunicação entre os povos distantes, no transporte de mercadorias e, com o comércio, na projeção de poder [...]”. À vista disso, o sistema econômico capitalista incentivou, ainda mais, o comércio internacional, sendo o mar o principal espaço de trânsito de mercadorias.

Em diálogo com Ombandza (2020), o transporte marítimo é o mais antigo do mundo registrado nos primórdios da história da humanidade, e atualmente é marcado por ser o alicerce do comércio internacional e um dos precursores da globalização e do desenvolvimento econômico. Pois, aproximadamente 80% do comércio mundial ocorre através do espaço marítimo, estatística que verberou durante o contexto da pandemia provocada pela COVID-19. Nesse sentido, urge analisar como a poluição marítima é tratada na seara internacional.

A priori, a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (ONU, 1972), tem como preceito que o ser humano é um dos atores centrais no planeta, sendo tanto resultado como sujeito daquilo que constrói no meio ambiente que está envolvido. O referido certificado internacional foi pactuado sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU) em Estocolmo, na Suécia, e destaca que os Estados têm como deveres: “tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do homem, os recursos

vivos e a vida marinha, menosprezar as possibilidades de derramamento ou impedir outras utilizações legítimas do mar” (ONU, 1972). Desse modo, a Declaração de Estocolmo consagrou obrigações aos Estados-partes na conservação da esfera marítima, buscando proteger a vida marinha e humana.

Além disso, há também a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), um dos principais diplomas internacionais que orienta temáticas atinentes ao Direito do Mar, desde 1982. É um tratado celebrado sob o regimento da ONU em Montego Bay, na Jamaica, no qual o Brasil se tornou Estado-parte em 1990. A Convenção de Montego Bay tem como diretrizes: a soberania dos Estados no uso dos mares e oceanos, os deveres de preservação dos recursos vivos e de proteção do meio ambiente marinho. Diante disso, destaca a poluição marinha como:

A introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou de energia no meio marinho, incluindo os estuários, sempre que a mesma provoque ou possa vir provocar efeitos nocivos, tais como danos aos recursos vivos e à vida marinha, riscos à saúde do homem, entrave às atividades marítimas, incluindo a pesca e as outras utilizações legítimas do mar, alteração da qualidade da água do mar, no que se refere à sua utilização, e deterioração dos locais de recreio (BRASIL, 1990).

Nessa seara, no Brasil, constatou-se crescimento de 47% somente no primeiro semestre de 2020, de compras *online*, considerada a alta mais expressiva em um lapso temporal de 20 anos (INGIZZA, 2020). Nesse diapasão, a tecnologia propiciou compras mais versáteis: a ampliação de compras de produtos internacionais, cujos bens apresentam, majoritariamente, preços mais baixos do que os nacionais, o que torna mais vantajoso, em muitos casos, importar o produto. Entretanto, o transporte é realizado, principalmente, pela via marítima, com a inserção de contêineres em navios de carga, o que produz significativos impactos ambientais.

Conforme, Costa (2017), *BBC News Brasil*, os 16 maiores navios de transporte de carga do mundo emitem similar quantitativo de enxofre de todos os carros do mundo juntos, sendo que 20% do impacto ambiental do produto é referente apenas ao seu transporte. “Verifica-se que, nesse viés, o desenvolvimento sustentável é um desafio a ser superado por todas as nações [...]” (GOMES; FERREIRA, 2018, p. 163).

Diante do exposto, urge empregar a tecnologia como meio de promoção de uma economia verde. Nas palavras de Garcia (2016, p. 140), a “economia verde tem como finalidade fazer com que a economia invista em tecnologias mais avançadas e menos poluentes para produção dos produtos, visando também à conscientização das empresas na exploração da natureza, para que causem danos mínimos”. Essa perspectiva vai ao encontro, portanto, dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, propostos em 2015 pelos representantes dos Estados-membros da ONU, sobretudo aqueles referentes à vida na água, que tem como finalidade a conservação e promoção do uso sustentável dos mares e oceanos (ONU, 2015). Tendo em vista que o uso da tecnologia possibilitou o incremento

da importação de produtos e, com isso, a poluição marinha.

Em suma, uma das dificuldades de implementação de medidas sustentáveis, tanto de consumo quanto de transporte de bens e, conseqüentemente, de implementação de uma economia verde “é a deficiência tecnológica dos países em desenvolvimento; nele se ressalta, portanto, a necessidade de um amplo e efetivo processo de transferência tecnológica para permitir uma participação competitiva das indústrias dos países em desenvolvimento” (GARCIA, 2016, p. 152). Desse feito, a própria aplicação da tecnologia é o cerne da implementação de medidas para que se alcance a atenuação da poluição no ambiente marinho e a promoção da sustentabilidade, por meio do investimento tecnológico no âmbito industrial nacional, para que não mais seja estritamente necessário que as pessoas comprem externamente. Em suma, é fundamental o fortalecimento da parceria e cooperação “entre os países no que tange aos avanços tecnológicos, mediante o acesso à ciência, à tecnologia e à inovação” (GOMES; FERREIRA, 2018, p. 171).

#### 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa apresentada, conclui-se que o mar é um dos principais espaços de circulação de mercadorias, sendo o sustentáculo do comércio internacional. A pandemia da COVID-19 abreviou a intensificação do consumidor em realizar compras de forma mais versátil, permitindo-lhe maior praticidade e comodidade, a compra *online*, sobretudo de produtos importados. Entretanto, o que pode parecer, em primeiro momento, mais prático e fácil oculta o incremento da poluição ambiental no ecossistema marinho, tendo em vista que o transporte marítimo é responsável por significativos impactos ambientais no meio.

O direito do mar é uma temática sustentada na seara internacional e nacional, regulado principalmente pela Convenção de Montego Bay, que declara o dever dos Estados costeiros na promoção de medidas de segurança e proteção no ambiente marinho. Assim como, explicita a poluição marinha e o como o ser humano impulsiona esse impacto. Além disso, observou-se que a Declaração de Estocolmo e a Constituição brasileira de 1988 abrangem regulação sobre a temática proposta.

Desse modo, a tecnologia foi analisada como forma de possibilitar uma economia verde, isto é, estimular que a tecnologia e a inovação sejam investidas na produção de produtos, logística e transporte de bens como a finalidade de reduzir impactos ambientais. Esse viés está conectado a um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, proposto pela Organização das Nações Unidas, que almeja a aplicação de medidas que sejam sustentáveis e possam preservar o meio ambiente marinho. Em suma, como o uso da tecnologia acarretou, de certa forma, maior consumo de produtos importados (em virtude de apresentarem menor preço), defende-se que ela possa também ser empregada no fomento da sustentabilidade, de modo a ser investida na indústria nacional, por exemplo, para que essa possa se desenvolver e mitigar, então, a necessidade estrita de compra de

bens internacionais pelos consumidores.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO: importação está influenciada pelo aumento de preços de bens importados. *Revista IstoÉ*. 03 nov. 2021. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/brandao-importacao-esta-influenciada-pelo-aumento-de-precos-de-bens-importados/>. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *DECRETO Nº 99.165, DE 12 DE MARÇO DE 1990*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 out. 2021.

COSTA, Camilla. Como entender (e diminuir) o impacto dos seus hábitos no meio ambiente, de roupas a comida. *BBC News Brasil*, São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42005695>. Acesso em: 30 out. 2021.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão econômica da sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.13, n.25, p.133-153, Janeiro/Abril de 2016. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/487>. Acesso em: 02 nov. 2021.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas públicas e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://cutt.ly/nR50vxR>. Acesso em: 02 nov. 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5ª. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

INGIZZA, Carolina. Vendas online no Brasil crescem 47% no 1º semestre, maior alta em 20 anos. *Exame*, 28 ago. 2018. Disponível em: <https://cutt.ly/hR50bH7>. Acesso em: 02 nov. 2021.

LUXEN, Micah. Por que EUA têm congestionamento recorde de navios de contêineres. *BBC News Brasil*, 18 out. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-58949574>. Acesso em: 02 nov. 2021.

NASCIMENTO, Meirilane Santana. *Direito ambiental e o princípio do desenvolvimento sustentável*. 01 dez. 2009. Disponível em: <https://cutt.ly/jR50q3K>. Acesso em: 5 nov. 2021.

OMBANDZA, Naomi Brigitte Ferreira. *O impacto ambiental do transporte marítimo: a responsabilidade ambiental dos estados no que toca aos efeitos da poluição*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito e Economia do Mar) – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2020. Disponível em: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/100270/1/Ombandza\\_2020.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/100270/1/Ombandza_2020.pdf). Acesso: 02 nv. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano - 1972*. Jornalismo socioambiental: Wordpress, 2008. Disponível em: <https://cutt.ly/tR50QuV>. Acesso em: 08 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Plataforma Agenda 2030, 2015. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/14/>. Acesso em: 09 out. 2021.

PEREIRA, Mauro Cesar Rodrigues. O papel do Brasil nos organismos internacionais ligados ao direito marítimo com destaque à international maritime organization (imo). In: BEIRÃO, André Panno; PEREIRA, Antônio Celso Alves (org.). *Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: FUNAG, 2014. Disponível em: [http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao\\_do\\_Direito\\_do\\_Mar.pdf](http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf). Acesso em: 02 nov. 2021.

TANAKA, Yoshifumi. *The international law of the sea*. 1ª ed - University of Copenhagen, Faculty of Law: Cambridge. 2012.

## DIREITOS HUMANOS NA AMAZÔNIA: O PRIMEIRO CASO DE JUSTIÇA TRANSFRONTEIRIÇA EM RONDÔNIA

*Data de aceite: 01/03/2022*

*Data de submissão: 06/02/2022*

### **Paulo Cesar de Lara**

Professor de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais e doutorando pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – *UniBrasil* Ponta Grossa – Paraná  
<http://lattes.cnpq.br/4318308708981749>

### **Gislaine Cunha Vasconcelos de Mello**

Mestranda pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – *UniBrasil* Curitiba – Paraná  
<http://lattes.cnpq.br/8983354920394542>

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

## 1 | INTRODUÇÃO

O problema de pesquisa que se descortina é analisar alguns aspectos essenciais do primeiro caso em que violações de Direitos Humanos no Estado de Rondônia foram

levados à apreciação da jurisdição internacional e as consequências sistêmicas deste caso na questão dos Direitos Humanos no Estado de Rondônia. Tendo-se como pano de fundo a violação dos direitos à vida e à segurança de uma comunidade de trabalhadores rurais sem terras, no Município de Corumbiara, no sul do Estado de Rondônia, analisa-se o percurso e os desdobramentos do caso no plano da jurisdição interna e externa e a sua importância histórica e simbólica para a causa dos Direitos Humanos na Amazônia.

A justificativa do estudo se deve a relevância das questões socioambientais, principalmente nos últimos tempos e pelo fato de que a questão amazônica revela questões não solucionadas e outras ainda intocadas. A metodologia empregada é a hipotético-dedutiva, comparativista e crítico-dialética e a técnica de pesquisa é a bibliográfica e documental. Como resultado busca-se demonstrar a importância estratégica em se submeter determinados casos à jurisdição internacional dos Direitos Humanos e os efeitos pedagógicos.

## 2 | A EXPANSÃO DAS FRONTEIRAS E O ENCURRALAMENTO DO HOMEM

A temática da Amazônia é um capítulo na história da expansão de fronteiras no Brasil, como princípio e estratégia geopolítica de “integração e consolidação” do território

nacional do início do Século XX, as fronteiras se estenderam (MARTINS, 2021). Os temas da Amazônia, migração e a economia, foram tratados pioneiramente nas obras de Celso Furtado (2005) que analisou alguns aspectos da situação do nordestino na Amazônia, especialmente sua condição humana de solidão e abandono, demonstrados ao chegarem dos Estados do Nordeste levados pelo slogan do Governo Médici: “Amazônia, terras sem homens, para homens sem-terra” (SKIDMORE, 1988, p. 288-289).

Os trabalhadores do começo do século XX, em grande parte nordestinos, mas também provenientes de muitas partes do mundo, atraídos principalmente pela construção da estrada de ferro Madeira Mamoré (SOUZA, 2005), um dos tantos empreendimentos de Percival Farquhar (GAULD, 2006) logo viram os sonhos se desfazerem em desenganos (FURTADO, 2005, p. 104).

A floresta consumia as forças, os sonhos e as vidas dos trabalhadores que vivendo nas grandes solidões amazônicas “num isolamento que talvez nenhum outro sistema econômico haja imposto ao homem” num ambiente de total insalubridade. (FURTADO, 2005, p. 104).

Os planos do imigrante nordestino que seguia para a Amazônia, seduzido pela propaganda fantasiosas dos agentes pagos pelos interesses da borracha, ou pelo exemplo das poucas pessoas afortunadas que regressavam com recursos, baseavam-se nos preços que o produto havia alcançado em suas melhores etapas, mas que rapidamente não seria mais nem a sombra do que um dia fora (FURTADO, 2005, p. 104). O que fazer com os “homens sem terras numa terra sem homens”?

É a mesma concentração de terras gerando violência, degradação ambiental e exclusão social. A forma de vida dos indígenas, dos ribeirinhos, muitos vindos para a Amazônia ocidental durante as primeiras grandes migrações principalmente da região nordeste no início do século XX, a desestruturação familiar, a falta de planejamento, o abandono mesmo dos povos da floresta tudo culminou em um sistema de violências do Estado contra os cidadãos desamparados.

Acresça-se a todos os problemas acima, um sistema corrupto de registro e apropriações de terras, a concentração de terras que eram destinados para a Reforma Agrária que foram parar nas mãos de poucos empresários do Sudeste e Sul do Brasil. A Comissão Parlamentar de Inquérito levantou diversos dados e documentos que comprovam a extensão e a gravidade da atividade de grilagem e legalização de terras públicas (BRASIL, 2009) por meios escusos na Amazônia (BENATTI, *et al*, 2006). Contudo em 1995 houve um fato no Estado de Rondônia que iria trazer profundas alterações no cenário de impunidade e grilagem com repercussão nunca imaginada.

### **3 | O CASO CORUMBIARA**

No dia 14 de julho do ano de 1995, um grupo de algumas centenas de famílias,

composto por agricultores desempregados, boias-frias, camponeses, e alguns dissidentes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-terra ocuparam a parte da área da Fazenda Santa Elina, situada no sul do Estado de Rondônia. Como costumava ser naquela época e ainda hoje em muitos lugares, a justiça agiu de forma muito célere no sentido de determinar a reintegração da posse da área.

O feito tramitou celeremente e houve o impasse quanto ao cumprimento do mandado de reintegração de posse expedido nos autos. Enquanto a Polícia negociava com as famílias durante a madrugada, a Polícia adentrou o acampamento na madrugada de 9 de agosto de 1995, houve feridos e mortos entre policiais e os ocupantes da área.

Detecta-se aí uma violação direta ao se cumprir uma determinação judicial de reintegração durante a madrugada, pois determina a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XI que a casa é “asilo inviolável” e somente poderia se dar alguma ação policial com ordem judicial “durante o dia” (BRASIL, 1988).

Considera-se domicílio “o lugar onde a pessoa natural se estabelece com ânimo definitivo”, segundo o artigo 70 do Código Civil, Lei 10. 406, de 10 de janeiro de 2002, (BRASIL, 2002). Além desta violação, houve excessos e abusos por parte de policiais e “jagunços” que agiram em conjunto.

Foi possível perceber os bastidores da política, a manipulação do sistema de justiça, a indiferença no trato internos das decisões de Cortes Internacionais, a baixaza de certos atores políticos, a complexidade dos movimentos sociais, a limitação extrema de se operar em conflitos coletivos com instrumentais processuais característicos de litígios entre partes, a necessidade de um preparo muito especializado dos atores nos meandros dos direitos humanos, a necessidade de estratégias jurídicas excepcionais, o despreparo do judiciário, o seu desconhecimento e até o seu preconceito quanto a demandas de direitos humanos.

Revelaram-se as profundas e já nem perceptíveis ligações entre os sistemas legais e jurídicos e as estruturas de latifúndio e isso muitas vezes sem mesmo haver a percepção dos próprios operadores do direito, a forma como as forças policiais agem em face ao poderio econômico (afinal a operação toda foi financiada por particulares e não pelo Estado que sequer tinha verbas para a execução da ordem judicial), tudo isso veio à luz do dia, mas por um detalhe que ninguém imaginava até então: a judicialização internacional de um conflito agrário!

Até então nenhum conflito agrário havia sido analisado sob este aspecto e muito menos ainda, as consequências no plano político, econômico, jurídico e sociológico. Surgiram diversos trabalhos que surgiram no âmbito acadêmico (MESQUITA, 2001, p. 13).

A Tese sustentada demonstrou as diversas instâncias e lados do conflito e comprovou a imensa injustiça que foi praticada, não porque tenha assumido uma postura ideológica ou algo assim, mas, porque registrou algo que era comum acontecer e ser apenas mais um caso, todavia, desta vez foi diferente, daí ser esta fonte de estudo de grande relevância, principalmente porque muitas narrativas surgiram posteriormente e com muitas imprecisões

e falhas metodológicas prestando por isso um desserviço à ciência e a história da justiça agrária no Brasil e na América Latina. (MESQUITA, 2001, p. 13)

## 4 | A DENÚNCIA INTERNACIONAL

Ficou registrado em respeitáveis fontes de informação a dinâmica dos fatos. Como a história de injustiças e mortes no campo devido a conflitos oriundos do latifúndio vinham geralmente acompanhadas de impunidade e até com um histórico de violências e ameaças aos próprios denunciadores das violências, inclusive com o cumprimento das ameaças, era óbvio que também o caso denominado “Corumbiara” não seria diferente.

Assim sendo, o CDDH - Centro de Defesa dos Direitos Humanos da Arquidiocese de Porto Velho, denunciou o caso à Organização dos Estados Americanos, pois, a muito pouco tempo o Brasil havia reconhecido a autoridade daquele órgão e assim foi noticiado à imprensa (MASCHIO, 1995). A notícia veiculada na Folha de São Paulo, teve grande repercussão Nacional e diversas revistas, entidades, grupos de Direitos Humanos se interessaram pelo caso. Assim sendo, pouco tempo depois houve a manifestação do CEJIL—Centro pela Justiça e o Direito Internacional no sentido de apoiar a demanda (CAVALLARO, 2008).

Revelaram-se aspectos importantes do “litígio estratégico” cujas consequências extrapolaram o sistema jurídico (ou a mediação que ele exerce) gerando reflexos diretamente na realidade e as próprias tensões que atravessam o litígio estratégico em direitos humanos puderam permitir a maximização de seu impacto na medida em que possibilitam e inspiram a adaptação e a inovação (GOMES, 2019, p. 392).

O litígio estratégico que se expressa junto com outras formas de exercer a advocacia são ferramentas utilizadas por organizações não governamentais, instituições do sistema de justiça e movimentos sociais para ‘empoderar comunidades e indivíduos, defender o estado de direito, promover os direitos humanos e buscar reparações a violações’. (OSÓRIO, 219, p. 572).

Líderes dos camponeses continuado ameaçados, mortos e perseguidos (ESTEVAM E MARQUES, 2015). O Caso Corumbiara, atraiu a atenção da mídia mundial e por isso mesmo revestindo a demanda de uma importância simbólica imensa, pois, a questão não estaria nas mãos de um Juiz do interior de um Estado periférico e que não passaria das fronteiras do Município, a notícia havia mobilizado a opinião pública internacional.

Se representavam “Recomendações”, simbolicamente era bem mais do que isso e teve um caráter pedagógico. Da mesma forma anos mais tarde, através do caso “Urso Branco”, o Estado de Rondônia motivou outra representação junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para preservar direitos da população carcerária inclusive com o deferimento de medidas “cautelares” (CIDH, 2006).

Se no caso “Urso Branco” houve decisão judicial internacional, o primeiro caso

“admitido na Comissão” foi o de Corumbiara (11.566), daí, não ser correta a afirmação de Fernando Ribeiro Delgado, da Havard Law School, em Palestra no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, de que o caso do “Urso Branco” surgiu o primeiro caso internacional do Brasil nas Organizações dos Estados Americanos, considerando as evidências documentadas no presente escrito.

Em 25 de setembro de 1998, determinou-se ao Estado brasileiro que tomasse providências sérias e urgentes e apesar do caráter de recomendações, o peso político da decisão era avassalador. Consta do Relatório nº 77/98/Caso nº 11.556/Corumbiara/Brasil (CIDH, 1998), da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos declaração da admissibilidade do caso.

Em 11 de março de 2004 houve o Informe Adicional (CIDH, 2004) recomendando ao Estado brasileiro que a) se realizasse uma investigação completa, imparcial, por órgãos não militares, para determinar a responsabilidade pelas mortes, lesões corporais, punindo mandantes e executores; b) fossem reparadas adequadamente as vítimas especificadas neste relatório ou seus familiares, pelas violações de direitos humanos.

A Comissão também recomendou que c) adoção de medidas necessárias para evitar que eventos semelhantes; d) fosse alterado o artigo 9º do Código Penal Militar, o artigo 82 do Código de Processo Penal Militar a fim de “abolir a competência da polícia militar” para “investigar as violações dos direitos humanos cometidas pelos militares”, e para transferir essa competência para a polícia civil.

O ex Governador Ivo Cassol, atualmente condenado em última instância por improbidade (JORNAL DO COMÉRCIO, 2021) apresentou Projeto convertido na Lei 1866, de 13 de fevereiro de 2008 publicada no Diário Oficial do Estado nº 936 em 15 de fevereiro de 2008, que altera o artigo 1º da Lei nº 786 de 8 de julho de 1998 no sentido de diminuir a pensão de 2 (dois) salários mínimos para 1 (salário) que aliás, nunca recebido até então, algo aliás, comum entre gestões de probidade duvidosa, a “fictícia austeridade” com os miseráveis.

Apesar de haver sentenças judiciais determinando indenizações aguardando expedição de precatórios e estar implementada a pensão de 2 (dois) salários-mínimos para algumas das vítimas ou familiares, por determinação do Tribunal de Justiça, a pensão do Estado brasileiro nunca foi paga, havendo a possibilidade de se pleitear estes valores pois tais direitos são imprescritíveis.

## 5 | CONCLUSÃO

Outras demandas foram propostas em relação a proteção dos direitos humanos em Rondônia, houve a alteração da jurisdição dos crimes dolosos contra a vida, da justiça militar para o Tribunal do Júri, indenizações foram pagas, outras em curso, nem todos receberam porque muitas intercorrências houveram e muitas dificuldades de logística

na condução das demandas, custos, questões logísticas, falta de condições financeiras, tudo isso concorreu para a impossibilidade da resolução total de todas as expectativas, causando muitos desencontros, outra importante lição.

De tudo ficou a lição de que não se promovem ou defendem direitos humanos sem o exercício de uma advocacia estratégica e articulada no nível interno e internacional, nem se faz nada sem o idealismo e um incansável senso de justiça e responsabilidade social. Não foi tudo perfeito, mas, sem dúvida, tudo o que ocorreu, as consequências, a repercussão do caso colocou Rondônia como o centro de atenção da luta pelos direitos humanos e justiça agrária, varas agrárias surgiram, diversos debates acadêmicos (MARTINS, 2009) no Brasil e no exterior surgiram. No ano seguinte houve outro grande conflito, o de Carajás que superou em vítimas o caso Corumbiara, mas que em conjunto acabaram abrindo muitas possibilidades para uma justiça integral dos direitos humanos.

Nem tudo foi êxito e sucesso, mas, diante do cenário anterior, Corumbiara foi um capítulo decisivo para mudar a política agrária e a justiça social no campo no Brasil e na América Latina. Não foi em vão que o sangue dos inocentes regou a terra renegada aos trabalhadores e trabalhadoras rurais deste imenso continente.

## REFERÊNCIAS

BENATTI, J. H.; SANTOS, R. A.; PENA DA GAMA, A.S. **A grilagem de terras públicas na Amazônia brasileira**. IPAM - instituto de pesquisa ambiental da amazônia. Série Estudos 8. Brasília: MMA, 2006.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório final da CPI da ocupação de terras públicas na Região Amazônica. 11 dez. 2001. Disponível em: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2020/01/33421741-relatorio-final-cpi-terras-amazonas-grilagem.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm)>. Acesso em: 09 out. 2021.

CAVALLARO, James L. The virtue of following: the role of Inter-American litigation in campaigns for social justice. Jun. 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sur/a/MSCYknvgj9Zw45vVRZ3rvjP/?lang=en&format=pdf>>. Acesso em: 10 out. 2021.

ESTEVAM, Camilo. MARQUES, Eliete. **Massacre que matou 12 pessoas em Corumbiara, RO, completa 20 anos**. G1. 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ro/vilhena-e-cone-sul/noticia/2015/08/massacre-que-matou-12-pessoas-em-corumbiara-ro-completa-20-anos.html>>. Acesso em 10 out. 2021.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 32ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

GAULD, Charles A. **Farquhar, O último Titã**. Um empreendedor americano na América Latina. Trad. Eliane Nogueira do Vale. São Paulo: Editora de Cultura, 2006

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social. **Rev. Direito Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 389-423, mar. 2019. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662019000100389](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000100389)&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 20 fev. 2020.

MARTINS, J. de S. O tempo da fronteira. Retorno à controvérsia sobre o tempo histórico da frente de expansão e da frente pioneira. **Tempo Social**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 25-70, 1996. DOI: 10.1590/ts.v8i1.86141. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/86141>>. Acesso em: 20 set. 2021.

MARTINS, Márcio Marinho. **Corumbiara: massacre ou combate? A luta pela terra na fazenda Santa Elina e seus desdobramentos**. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Núcleo de Ciências e Tecnologia (NCT), Programa de Pós-Graduação Mestrado em Geografia (PPGG), Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, Rondônia, Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Maria Ivonete Barbosa Tamboril, 2009.

MASCHIO, José. **Entidade denuncia Corumbiara à OEA**. Folha de São Paulo. São Paulo, 05 set. 1995. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/9/05/brasil/22.html>>. Acesso em 09 out. 2021.

MESQUITA, Helena Angélica de. **Corumbiara: o massacre dos camponeses**. Rondônia, 1995. Tese de Doutorado. FFLCH/USP, 2001.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1998). **Relatório nº 77/98. Caso 11.556**: Corumbiara. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/98port/Brazil11556.htm>>. Acesso em: 09 out. 2021

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2004). **Relatório nº 32/04. Caso 11.556**: Corumbiara. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2004eng/Brazil.11556eng.htm>. Acesso em: 09 out. 2021

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2006). **Relatório nº 81/06. Caso 394-52**: Internos Presídio Urso Branco. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2006port/brasil.394.02port.htm>>. Acesso em: 09 out. 2021.

OSORIO, Leticia Marques. Litígio Estratégico em Direitos Humanos: Desafios e Oportunidades para Organizações Litigantes. **Rev. Direito Práx**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 571-592, mar. 2019. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662019000100571&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000100571&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 20 fev. 2020.

RONDÔNIA. Casa Civil. **Lei 1866 de 13 de fevereiro de 2008**. Disponível em: <[http://ditel.casacivil.ro.gov.br/COTEL/Livros/Files/L786\\_compressed.pdf](http://ditel.casacivil.ro.gov.br/COTEL/Livros/Files/L786_compressed.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2013.

RONDÔNIA. Casa Civil. **Lei nº 786 de 8 de julho de 1998**. Disponível em: [http://ditel.casacivil.ro.gov.br/COTEL/Livros/Files/L786\\_compressed.pdf](http://ditel.casacivil.ro.gov.br/COTEL/Livros/Files/L786_compressed.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2013.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Castelo a Tancredo**. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SOUZA, Márcio. **Mad Maria**. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SUPREMO determina que senador Ivo Cassol cumpra pena de imediato. **Jornal do Comércio**, Porto Alegre, 10 out. 2021. Disponível em: <[https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/geral/2018/06/633905-supremo-determina-que-senador-ivo-cassol-cumpra-pena-de-imediato.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/geral/2018/06/633905-supremo-determina-que-senador-ivo-cassol-cumpra-pena-de-imediato.html)>. Acesso em 10 out. 2021.

## **SOBRE O ORGANIZADOR**

**ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS** - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: [orcid.org/0000-0002-5472-8879](https://orcid.org/0000-0002-5472-8879).

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

Acesso à justiça 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255

Ambiente virtual 14, 242, 246

Análise econômica 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 47, 48

### C

Cidade inteligente 227, 229, 230, 231, 232, 233, 240

Compliance 178, 181, 182, 183, 185, 186, 187

Comportamento criminoso 96, 106

Contratos 22, 29, 36, 37, 40, 41, 42, 82, 114, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 327, 328

Culpa 87, 135, 138, 155, 157, 184, 242, 246, 321, 345

### D

Direito 1, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 47, 48, 49, 66, 67, 71, 72, 73, 74, 75, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 87, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 101, 105, 106, 107, 111, 116, 117, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 129, 132, 133, 134, 135, 137, 145, 147, 152, 156, 159, 162, 164, 166, 170, 176, 178, 186, 190, 193, 196, 200, 201, 203, 207, 209, 211, 213, 222, 223, 224, 226, 243, 244, 245, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 260, 261, 263, 264, 266, 270, 272, 275, 276, 280, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 295, 296, 300, 302, 303, 304, 305, 309, 311, 312, 316, 318, 319, 320, 321, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 330, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 361, 362, 365, 367

Direito achado na rua 24

Direito do mar 351, 352, 354, 355, 356, 358

Direito penal 23, 41, 66, 67, 71, 72, 73, 74, 75, 79, 80, 81, 82, 83, 90, 96, 97, 105, 106, 107, 117, 120, 121, 122, 123, 152

Direitos humanos 2, 12, 13, 14, 18, 19, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 42, 49, 52, 54, 67, 72, 82, 92, 94, 122, 138, 151, 156, 164, 166, 170, 201, 243, 248, 251, 359, 361, 362, 363, 364, 365, 367

### E

Educação 28, 31, 42, 46, 49, 53, 54, 98, 101, 114, 132, 145, 153, 185, 188, 193, 198, 210, 230, 232, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 268, 269, 270, 271, 272, 274, 286, 367

Escravidão 29, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 177, 191, 192, 198

Exploração do trabalho 164, 168

## **G**

Guetização 188, 190

## **I**

Impactos ambientais 203, 355, 356

Inquérito policial 88, 89, 90, 91, 113, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 218, 221

Investigação criminal 85, 86, 91, 92, 93, 94, 104

## **J**

Justiça restaurativa 134, 135, 136, 137, 138, 139, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163

## **L**

Liberdade 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 24, 27, 29, 31, 32, 33, 42, 99, 110, 127, 128, 131, 142, 143, 144, 152, 158, 165, 166, 168, 169, 170, 176, 191, 192, 210, 219, 221, 242, 243, 244, 245, 247, 267, 297, 301, 303, 304, 305, 308, 311, 330, 339, 340, 344, 345

## **M**

Maus-tratos 170, 211, 212, 213, 214, 216, 218, 220, 225

Medidas sancionatórias 66, 68, 76, 78, 81

Mulher negra 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 198, 199, 200, 201

## **N**

Neurociência 96, 97, 98, 106

## **P**

Perspectiva 2, 3, 4, 5, 6, 32, 46, 50, 92, 98, 123, 126, 136, 137, 139, 142, 149, 153, 154, 155, 162, 169, 171, 178, 211, 213, 250, 252, 264, 292, 327, 352, 353, 355

Proteção autoral 335, 343, 344, 347, 348, 349

## **S**

Saúde 31, 42, 46, 52, 53, 101, 111, 112, 122, 153, 165, 173, 198, 205, 230, 238, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 292, 296, 298, 300, 319, 331, 354, 355

Seletividade tributária 287, 288, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 300

## **T**

Tecnologia 21, 168, 172, 230, 231, 232, 240, 244, 251, 253, 254, 256, 271, 272, 286, 351, 352, 354, 355, 356, 365

Terceirização 178, 179, 180, 181, 182, 183, 186, 193, 237

Trabalho 12, 14, 22, 28, 29, 34, 35, 36, 42, 50, 51, 74, 107, 109, 110, 112, 123, 124, 131, 147, 148, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 212, 226, 231, 232, 234, 235, 237, 239, 241, 242, 249, 256, 258, 259, 260, 261, 265, 276, 300, 301, 302, 305, 311, 359

## V

Violência 44, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 98, 101, 102, 103, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 122, 134, 135, 136, 140, 143, 144, 145, 148, 149, 151, 152, 153, 156, 158, 159, 161, 162, 173, 219, 221, 243, 360

Violência de gênero 49, 50, 51, 52, 54, 108, 110

Violência doméstica 52, 53, 54, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 122, 158, 162



# O DIREITO EM PERSPECTIVA

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br) 

[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br) 

@atenaeditora 

[www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br) 



# O DIREITO EM PERSPECTIVA

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br) 

[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br) 

@atenaeditora 

[www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br) 