Organização

Leonardo Gomes de Aquino
Márcia Amélia de Oliveira Bicalho

O DIREITO EM PERSPECTIVA

VOLUME 02

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Organização

Leonardo Gomes de Aquino
Márcia Amélia de Oliveira Bicalho

É com grande entusiasmo que trazemos ao público acadêmico e profissional o segundo volume da série "Direito em Perspectiva". Esta obra reúne artigos que não apenas refletem sobre questões jurídicas atuais, mas também desafiam o leitor a repensar os pilares tradicionais do Direito frente às transformações do século XXI. Os textos aqui apresentados percorrem uma ampla gama de temas, desde o impacto das novas tecnologias no campo jurídico até os desafios globais que afetam diretamente as estruturas sociais e políticas. Cada autor, com sua visão única e embasada em pesquisa sólida, convida à reflexão crítica sobre o papel do Direito na adaptação às mudanças sociais, tecnológicas e ambientais que moldam o cenário contemporâneo.

Em um contexto de revolução digital e crises políticas intensas, os artigos discutem de forma aprofundada os novos dilemas e as respostas necessárias às questões emergentes. A pluralidade de perspectivas abordadas nesta obra torna este volume uma leitura indispensável para quem busca compreender os rumos do Direito e sua relação com uma sociedade em constante evolução.

Seja na análise das tentativas de ruptura da ordem democrática, na reflexão sobre a representatividade no Judiciário, ou nas discussões sobre os desafios da era digital e a regulamentação das criptomoedas, este livro oferece um rico panorama das discussões jurídicas mais relevantes da atualidade.

Ao oferecer uma análise crítica e inovadora de temas tão diversos, "Direito em Perspectiva. Volume 2" reafirma seu compromisso com a evolução do pensamento jurídico, proporcionando ferramentas para que operadores do Direito e acadêmicos possam enfrentar os desafios do presente e do futuro.

ISBN 978-65-6006-155-2

9 786560 061552 >

EXPERT
EDITORA DIGITAL

O DIREITO EM PERSPECTIVA

VOLUME 02

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Aquino, Leonardo Gomes de, Bicalho, Márcia Amélia de Oliveira (Orgs.)
Direito em Perspectiva vol.2 / Leonardo Gomes de Aquino e Márcia Amélia de Oliveira Bicalho (Organizadores). – Belo Horizonte: Editora Expert, 2024.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-65-6006-155-2

1. Direito. 2. Modernidade. 3. Perspectivas. 4. Mudanças. I. Título.
CDD 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito
340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola. Superior de Desporto de Rio Maior, Escola. Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Cèsar Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. e PUC - MInas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

PREFÁCIO

É com grande satisfação que apresentamos ao público acadêmico e profissional esta coletânea de artigos científicos que atravessam as fronteiras tradicionais do Direito, abordando, com profundidade e atualidade, temas cruciais que emergem no cenário contemporâneo. O livro que ora se oferece ao leitor é fruto de reflexões sólidas e cuidadosas, ancoradas em pesquisa rigorosa e uma análise crítica das transformações jurídicas e sociais que vivenciamos. Trata-se de uma obra plural, composta por autores de diferentes áreas do Direito, que oferecem novas perspectivas sobre questões fundamentais para a compreensão e evolução da sociedade moderna.

Desde o início do século XXI, o Direito tem sido constantemente desafiado por mudanças políticas, tecnológicas, sociais e ambientais que exigem respostas ágeis e criativas dos operadores jurídicos. Esse movimento de transformação se intensificou na última década, com a revolução digital, o fortalecimento das pautas sociais e o recrudescimento de crises políticas globais e regionais. Dentro desse contexto, os artigos aqui reunidos discutem temas que não apenas permeiam a atualidade, mas que também colocam em xeque institutos e concepções jurídicas clássicas, forçando uma releitura e adaptação às novas realidades.

O primeiro artigo, "Tentativa de golpe de Estado ou ópera bufa: uma análise dos episódios de 8 de janeiro de 2023 em Brasília", traz à tona a análise dos eventos que marcaram o Brasil recentemente, quando a tentativa de subversão da ordem democrática encontrou no Direito um elemento de resistência. O autor faz uma incursão crítica pelos aspectos jurídicos e sociais envolvidos, destacando o papel das instituições na proteção do Estado Democrático de Direito. É uma reflexão essencial para entendermos como as tensões políticas podem afetar o ordenamento jurídico e as estruturas democráticas de um país.

Seguindo o fio condutor das questões institucionais, o artigo "Os julgamentos exortativos como criação interpretativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela via do controle abstrato

de convencionalidade" nos conduz a uma reflexão sobre a atuação de tribunais internacionais e a crescente influência da Corte Interamericana na jurisdição brasileira. O tema do controle de convencionalidade é tratado de forma inovadora, ressaltando o papel dos julgamentos exortativos como mecanismo de fortalecimento da proteção dos direitos humanos.

Outra perspectiva que ganha destaque nesta obra é a da representatividade e diversidade nas instituições jurídicas. Em "Mulheres Supremas: A representatividade das mulheres no Supremo Tribunal Federal brasileiro", o autor faz um estudo necessário sobre a presença feminina nas mais altas instâncias do Judiciário brasileiro. A análise não se limita a apontar dados sobre a participação das mulheres, mas avança em uma discussão crítica sobre a importância de um Judiciário representativo e sobre os desafios que ainda persistem para uma maior inclusão.

A tecnologia, por sua vez, emerge como um dos temas centrais da contemporaneidade e permeia diversos artigos desta coletânea. O impacto da transformação digital nas relações jurídicas é tratado com profundidade em textos como "O estelionato cibernético e a ineficácia da norma nas relações empresariais" e "Inteligência artificial e o reconhecimento facial: Desafios e ameaças à privacidade de dados". Ambos os trabalhos discutem as dificuldades e os riscos que o Direito enfrenta ao tentar regular práticas inovadoras, como as fraudes digitais e o uso de tecnologias de vigilância. Nessa mesma linha, o artigo "Responsabilidade civil dos provedores de internet e aplicações no âmbito normativo-jurídico digital" destaca os desafios normativos do Marco Civil da Internet, questionando a constitucionalidade do artigo 19 e propondo um olhar crítico sobre a responsabilidade dos intermediários na rede.

No campo do Direito Tributário, "Criptomoedas e o Direito Tributário: Perspectivas de regulamentação e segurança jurídica" trata de um tema emergente e controverso, que diz respeito às criptomoedas e seus reflexos no ordenamento tributário. O autor examina as incertezas normativas que envolvem a tributação desses

ativos e aponta caminhos possíveis para uma regulamentação que atenda aos anseios da segurança jurídica e da inovação financeira.

O campo da justiça social também está amplamente representado nesta coletânea, com artigos que discutem a seletividade penal, a proteção dos direitos de minorias e as políticas públicas. "Da prisão à seletividade penal: Um estudo sobre as prisões por tráfico de drogas no Distrito Federal" oferece uma análise crítica do sistema de justiça criminal brasileiro, destacando como a seletividade penal continua a afetar desproporcionalmente as populações mais vulneráveis. Já "Vulnerabilidade socioambiental nas comunidades indígenas no Brasil" lança luz sobre a relação entre a preservação ambiental e os direitos das populações indígenas, propondo uma reflexão sobre a necessidade de políticas públicas mais eficazes e inclusivas.

O artigo sobre a limitação da responsabilidade dos sócios e acionistas sob a ótica da função social da empresa e da preservação da atividade empresária, com ênfase na autonomia patrimonial e no uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, faz parte de uma análise histórica e conceitual, destacamos a importância da autonomia patrimonial no direito vigente, mas também alertamos para a crescente banalização da desconsideração da personalidade jurídica, que, embora criada para coibir fraudes e abusos, tem sido aplicada de forma indiscriminada. O texto busca equilibrar a proteção dos credores e a preservação de empresas saudáveis, ressaltando a necessidade de restaurar o uso criterioso desse mecanismo para garantir sua relevância sem comprometer a função social e econômica das empresas.

Não menos importante, o artigo "Infanticídio: O olhar biopsicossocial frente às inovações defensivas na culpabilidade materna" trata de uma questão penal delicada e sensível, analisando as novas perspectivas defensivas em casos de infanticídio sob o prisma da criminologia moderna. A obra também aborda questões relacionadas à função social da empresa e à desconsideração da personalidade jurídica no artigo "Sobre a limitação de responsabilidade dos sócios e acionistas", que oferece uma visão crítica sobre a banalização desse instituto.

O artigo Permanência, Mudança e Longevidade Constitucional analisa as transformações das Constituições de 1824 e 1934, destacando os fatores que influenciam sua permanência ou modificação. A longevidade constitucional não reside na imutabilidade, mas na capacidade de adaptação às mudanças sociais, garantindo a estabilidade da ordem constitucional.

O "Falsas memórias: O prejuízo no reconhecimento de pessoas à luz do art. 226 do CPP" encerra a obra com uma análise minuciosa das implicações das falsas memórias nos processos de identificação e sua relação com o sistema processual penal brasileiro, apontando desafios à luz da psicologia forense.

Finalmente o último artigo examina o impacto de calamidades públicas, como enchentes e desastres industriais, nas relações contratuais no Brasil, analisando como eventos desse tipo podem alterar as expectativas e as obrigações entre as partes envolvidas. Tomando como referência casos emblemáticos, como a enchente no Rio Grande do Sul e o desastre da Vale em Minas Gerais, o texto discute a aplicação do conceito de adimplemento substancial, que permite que devedores questionem o cumprimento integral de obrigações já parcialmente atendidas. Em cenários de calamidade, esse conceito é examinado em conjunto com as normas de caso fortuito e força maior, previstas no Art. 393 do Código Civil Brasileiro, que eximem devedores de responsabilidades em situações imprevisíveis. A abordagem do estudo inclui uma análise bibliográfica, jurisprudencial e de fontes jornalísticas recentes, buscando entender como os desastres moldam as relações contratuais e as respostas do direito.

Essa coletânea, portanto, reflete o vasto campo de questões jurídicas contemporâneas, oferecendo ao leitor não apenas um panorama das problemáticas atuais, mas também um olhar crítico e prospectivo sobre os desafios que se colocam para o futuro do Direito. Que a leitura desta obra seja uma fonte de inspiração e questionamento, contribuindo para o enriquecimento do debate acadêmico e para a formação de uma sociedade mais justa e equilibrada.

Míria Soares Enéias

APRESENTAÇÃO

É com grande entusiasmo que trazemos ao público acadêmico e profissional o segundo volume da série "Direito em Perspectiva". Esta obra reúne artigos que não apenas refletem sobre questões jurídicas atuais, mas também desafiam o leitor a repensar os pilares tradicionais do Direito frente às transformações do século XXI.

Os textos aqui apresentados percorrem uma ampla gama de temas, desde o impacto das novas tecnologias no campo jurídico até os desafios globais que afetam diretamente as estruturas sociais e políticas. Cada autor, com sua visão única e embasada em pesquisa sólida, convida à reflexão crítica sobre o papel do Direito na adaptação às mudanças sociais, tecnológicas e ambientais que moldam o cenário contemporâneo.

Em um contexto de revolução digital e crises políticas intensas, os artigos discutem de forma aprofundada os novos dilemas e as respostas necessárias às questões emergentes. A pluralidade de perspectivas abordadas nesta obra torna este volume uma leitura indispensável para quem busca compreender os rumos do Direito e sua relação com uma sociedade em constante evolução.

Seja na análise das tentativas de ruptura da ordem democrática, na reflexão sobre a representatividade no Judiciário, ou nas discussões sobre os desafios da era digital e a regulamentação das criptomoedas, este livro oferece um rico panorama das discussões jurídicas mais relevantes da atualidade.

Ao oferecer uma análise crítica e inovadora de temas tão diversos, "Direito em Perspectiva. Volume 2" reafirma seu compromisso com a evolução do pensamento jurídico, proporcionando ferramentas para que operadores do Direito e acadêmicos possam enfrentar os desafios do presente e do futuro.

SUMÁRIO

Tentativa de Golpe de Estado ou Ópera Bufa: Uma Análise dos Episódios de 8 de Janeiro de 2023 em Brasília 15
Alberto dos Santos Moreira

Os Julgamentos Exortativos Como Criação Interpretativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos Pela Via do Controle Abstrato de Convencionalidade 41
André Pires Gontijo

Mulheres Supremas: A Representatividade das Mulheres no Supremo Tribunal Federal Brasileiro 69
Anne Caroline Fernandes Alves, Denise Pineli Chaveiro, Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira

Estelionato Cibernético e a Ineficácia da Norma nas Relações Empresariais 99
Dalbertom Caselato Junior, Danielly Fernandes da Rocha

A Prisão À Seletividade Penal: Um Estudo Sobre as Prisões Por Tráfico de Drogas no Distrito Federal 181
Dalbertom Caselato Junior, João Marcos Muniz Rodrigues da Silva

Inteligência Artificial e o Reconhecimento Facial: Desafios e Ameaças À Privacidade de Dados 267
Daniel Souza de Almeida, Andrezza Gaglionone Passani

Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet e Aplicações no Âmbito Normativo-Jurídico Digital: Uma Análise da Inconstitucionalidade do Artigo 19 do Marco Civil da Internet 313
Fábio Barbosa Alves, Marcelo Pereira Cruvinel

Criptomoedas e o Direito Tributário: Perspectivas de Regulamentação e Segurança Jurídica 425
Gabriel Alexandre Lenza Melo, Andrezza Gaglionone Passani

Vulnerabilidade Socioambiental nas Comunidades Indígenas no Brasil 467
Isabelle Alves Moreira de Oliveira, Alexandre de Siqueira Campos Coelho

Do Crime de Roubo: Simulacro da Arma de Fogo e os Entendimentos dos Tribunais Superiores 515
Islanne Silva Viriato, Márcia Amélia de Oliveira Bicalho

Desafios Sociais e Jurídicos Contemporâneos de Proteção aos Animais no Ordenamento Jurídico Brasileiro 557
Jimmy Medeiros, Kênia Carina Jorge Sobrinho Arruda Nogueira

Infanticídio: O Olhar Biopsicossocial Frente as Inovações Defensivas na Culpabilidade Materna 603
Lucas Ximenes, Márcia Amélia de Oliveira Bicalho

Permanência, Mudança e Longevidade Constitucional 647
Paulo José Leonesi Maluf

Sobre a Limitação de Responsabilidade dos Sócios e Acionistas: da Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Banalização do Instituto Sob a Ótica da Função Social da Empresa e a Manutenção da Atividade Empresária 685
Pedro Giovanini Lopes, Leonardo Gomes de Aquino

Conciliação: Autocomposição, Redução de Conflitos e Eficácia na Lide Sociológica 751
Vivian Yasmin Aquiles da Silva, Márcia Amélia de Oliveira Bicalho

Falsas Memórias: O Prejuízo no Reconhecimento de Pessoas À Luz do Art. 226 do Cpp 807
Ytalo Vinícios Tavares Teixeira, Marcelo Pereira Cruvinel

Adimplemento Substancial em Tempos de Calamidade Pública 859
Tatiana Oliveira Mendes de Carvalho, Rafael Campos Soares da Fonseca

TENTATIVA DE GOLPE DE ESTADO OU ÓPERA BUFA: UMA ANÁLISE DOS EPISÓDIOS DE 8 DE JANEIRO DE 2023 EM BRASÍLIA

Alberto dos Santos Moreira[1]

RESUMO

Os atentados políticos que assombraram o Brasil em 08 de janeiro de 2023, ainda estão vivos na memória de todos os brasileiros. Desde 1986, Brasília não assistia a episódios com o nível de violência política que foram vistos naquele domingo, os quais foram legitimamente classificados como *atos terroristas* por parte das autoridades do poder judiciário, da mídia e da população em geral. O presente artigo tem por objetivo inicial traçar, a partir dos relatos da imprensa e de informações constantes dos procedimentos instaurados pelas autoridades policiais, Poder Judiciário e pelo Legislativo Federal, um perfil sociológico das pessoas envolvidas nos ataques do 8 de janeiro e, a partir daí, buscar uma compreensão quanto à dimensão dos fatos e as motivações que atuaram para estes ocorressem. Após um ano do acontecimento, ainda não temos a conclusão jurídica dos fatos. A verdade é que a história política do Brasil é repleta de episódios em que nos aproximamos e nos afastamos dos ideais democráticos. Estes, por sua vez, não estão internalizados de forma homogênea em todas as camadas sociais, o que funcionaria como uma espécie de freio a novas aventuras golpistas.

Palavras-chave: Atentado Político. Golpe de Estado. Democracia. Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

Passados exatos 20 meses de sua ocorrência, os atentados políticos que assombraram o Brasil na primeira semana de janeiro de

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Euro-americano UNIEURO; Mestre em Direito pelo IDP.

2023, ainda estão bem nítidos na memória dos brasileiros e não haveria como ser diferente. Desde 1986, Brasília não assistia a episódios com o nível de violência política que foram vistos naquele domingo, os quais foram legitimamente classificados como *atos terroristas* por parte das autoridades do poder judiciário, da mídia e da população em geral. Assim como os episódios de 1986, o ocorrido na capital da República no 8 de janeiro não pode ser visto como um acontecimento isolado, mas, ao contrário, resulta de uma série de processos sociais e políticos que evoluíram a partir de um entendimento coletivo em relação à situação política, social e econômica do país. Na Nova República, a caótica situação econômica provocada pelo Plano Cruzado II, do então presidente da República, José Sarney, foi o gatilho que levou trabalhadores, estudantes e servidores públicos a provocarem um intenso quebra-quebra que atingiu sobretudo a Esplanada dos Ministérios e um *shopping center* que fica em suas mediações[2]. Nos episódios de 2023, outras eram as motivações e outros eram os perfis dos revoltosos. Militantes pouco experimentados nas coisas da política e com uma visão de mundo forjada por meio das redes sociais eram a maioria dos que invadiram a Praça dos Três Poderes com o intento de destruir o patrimônio público e, por meio de tais comportamentos, forçar uma derrubada do governo recém-eleito.

O presente artigo tem por objetivo inicial traçar, a partir dos relatos da imprensa e de informações constantes dos procedimentos instaurados pelas autoridades policiais, Poder Judiciário e pelo Legislativo Federal[3], um perfil sociológico das pessoas envolvidas nos ataques do 8 de janeiro e, a partir daí, buscar uma compreensão quanto à dimensão dos fatos e as motivações que atuaram para estes ocorressem. Alguns levantamentos oscilam entre 4 e 8 mil o número de indivíduos que agiram contra o patrimônio público em

2 Referência ao episódio ocorrido em Brasília, em 27 de novembro de 1986, quando um quebra-quebra aconteceu em represália ao Plano Cruzado II, criado no governo do presidente José Sarney.

3 Duas Comissões Parlamentares foram abertas para investigar os atos dos revoltosos. A primeira foi instituída pelo Congresso Nacional como uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito; e outra na Câmara Legislativa do Distrito Federal-CLDF.

Brasília naquele domingo. Uma vez que a Polícia Militar do Distrito Federal-PMDF, se omitiu de agir contra os criminosos, não houve um levantamento oficial ou contagem que indicasse quantos efetivamente lá estiveram. Os registros policiais dão conta de que algo em torno de 2,1 mil pessoas foram detidas após os atos terroristas e, embora alguns dos personagens sejam bastante representativos de grupos sociais específicos (empresários, agentes do estado e políticos de pouca expressividade), não há um estudo que os caracterize de forma mais aproximada. Sabe-se o número de homens e mulheres e é possível determinar as suas origens, mas não há muito além disso.

Nosso estudo tomou como fonte dos dados: i) artigos publicados na imprensa nacional e nos meios acadêmicos, além de literatura específica; ii) informações constantes dos inquéritos policiais; e, iii) dados constantes dos processos judiciais instaurados pelo Poder Judiciário contra os revoltosos e outros apurados junto à CPMI do 8 de janeiro. A parte referente à historiografia política do Brasil foi construída a partir da literatura voltada para os estudos da democracia no Brasil, a qual é pródiga em evidenciar a idas e vindas deste regime no país. Neste caso, restringimo-nos a analisar o período compreendido entre o início do governo de Getúlio Vargas (1930), e a redemocratização, em 1985. Acreditamos que, desta forma, é possível lançar luz sobre as motivações que incitaram a violência e, em consequência perceber a forma como o processo foi se constituindo até o dia em que ocorreram os ataques. Não é objetivo do estudo propor uma metodologia de detecção de ações como a que ocorreu em Brasília, mas tão somente alertar para a necessidade de reforço às salvaguardas constitucionais que concorrem contra os tais atos, a partir dos sinais que, no caso em estudo, nos parecem terem sido bastante eloquentes. A democracia brasileira esteve, embora isto não seja reconhecido por muitos, em flagrante risco de ter as suas bases atingidas, o que teria consequências imprevisíveis. Considerando sua recenticidade e sua propalada fragilidade, é possível afirmar que os resultados do 8/1 atuaram para o fortalecimento da democracia

enquanto um princípio ou, como define Coutinho (1979, 37)[4], um valor. Segundo este autor, "(...) a democracia política não é um simples princípio tático: é um valor estratégico permanente, na medida em que é condição tanto para a conquista quanto para a consolidação e aprofundamento dessa nova sociedade.".

O texto é constituído de cinco partes. Iniciamos com uma Introdução, onde são apresentados os pressupostos que deram origem aos ataques. Na segunda parte, traçamos um histórico da evolução política do Brasil, considerando o período entre o início da industrialização, até a democratização pós golpe militar de 1964. Na terceira parte, voltamo-nos para uma análise etnográfica dos acontecimentos verificados em 8 de janeiro de 2023. Para tanto, traçamos um perfil dos personagens envolvidos no episódio e apresentamos um relato das ações que foram desencadeadas pelas autoridades instituídas. Por fim, a quarta parte apresenta uma análise do significado do levante no contexto maior da política brasileira a partir da reação das autoridades constituídas. A conclusão a que chegamos, aponta para a necessidade de ampliar o debate em torno da importância do fortalecimento das instituições políticas e do respeito às leis.

2. EVOLUÇÃO POLÍTICA DO BRASIL

Se a história política do Brasil pudesse ser pensada a partir de um mote, talvez o mais adequado seja uma frase do romance de Lampedusa, *O leopardo*, quando Tancredi, sobrinho do príncipe siciliano, explica ao tio a importância da participação da nobreza nas lutas pela unificação italiana, na segunda metade do século XIX: "Se quisermos que tudo continue como está, é preciso que tudo mude. Fui claro?".[5] Todas as mudanças políticas, econômicas e sociais no Brasil,

4 COUTINHO, Carlos Nelson. A Democracia como Valor Universal. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1979.

5 Giuseppe Tomasi di Lampedusa. *O leopardo*. Tradução de Maurício Santana Dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 31.

desde o fim da colonização, em 1808, foram operadas sob o signo da conservação e manutenção dos interesses e privilégios da elite. A Proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822, pelo futuro imperador Dom Pedro I, foi somente possível pelo fato de o monarca se apresentar como o garantidor da manutenção da grande propriedade escravista e do poder das oligarquias nacionais. A mudança para o republicanismo, com o golpe militar de 15 de novembro de 1889, também não significou mudanças práticas. A abolição da escravatura no ano anterior apenas fez com que o império já decadente perdesse o apoio dos poucos que ainda o defendiam.

Isso, no entanto, não implica uma suposta passividade total da população brasileira, diante do processo histórico; este não foi linear e sim dialético. Existem movimentos populares no Brasil desde os tempos coloniais. Contudo, a inércia do Estado e das elites, em termos de reação e conservação, sempre teve êxito no atingimento dos seus propósitos. Tanto na busca de paliativos que aplacassem a sede de justiça popular, como no esmagamento violento de revoltas que exigiam direitos além dos concedidos. As forças conservadoras nacionais sempre se esmeraram na adesão de grupos sociais que lhe fossem simpáticos. Acima de tudo, sempre se percebeu um entendimento de que as elites deveriam estar *convencidas* das intenções moderadas dos neófitos na arena política.[6]

> Talvez uma hipótese interessante para apreender a centralidade dessa equação política seja oferecida por Mercadante [1980] ao sinalizar que, entre outros fatores, o ingresso na vida pública no Brasil só estava presente por meio da confiança do grupo dominante. (...) Para alguém aderir ao pensamento conservador ou liberal, eram necessárias demonstrações inequívocas de suas convicções moderadas.[7]

6 Paulo Mercadante. *A consciência conservadora no Brasil*: contribuição ao estudo da formação brasileira. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

7 Paulo Ribeiro da Cunha. 'Militares e anistia no Brasil: um dueto desarmônico'. In: Edson Telles; Vladimir Safatle (org.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São

Cabe lembrar que, via de regra, até em regimes ditatoriais – Ditadura Vargas, 1937-45; Ditadura Militar, 1964-85, o governo age com o apoio das elites e correspondendo aos seus interesses. A transição entre os governos Figueiredo (1979-85) e Sarney (1985-90) – apesar da doença e morte do presidente eleito pelo colégio eleitoral, Tancredo Neves, e de sua substituição pelo vice-presidente eleito, José Sarney – ocorreu sem causar maiores preocupações às elites políticas e econômicas.[8] Anos mais tarde, a *Carta ao Povo Brasileiro*, divulgada pelo então candidato à presidência Luís Inácio Lula da Silva, em junho de 2002, não foi apenas um documento elaborado para tranquilizar o assim chamado *mercado*, mas, principalmente, foi um aceno às elites, que insistiam na necessidade de confiabilidade do postulante ao cargo. Essa carta corrobora a teorização elaborada por Paulo Mercadante em 1980 e evidencia um pragmatismo político que passa a ser característica de algumas das correntes majoritárias dentro do Partido dos Trabalhadores-PT.

A reinstituição de um governo democrático de direito, a partir de 1985, e reforçado pela promulgação da chamada Constituição Cidadã, de 1988, não se deu sem percalços. Diversas heranças deixadas pelos governos militares se fizeram sentir. A economia nacional, combalida pelos dois choques internacionais do petróleo dos anos 1970, abriu caminho para uma inflação anual superior a 100%, ainda no governo Figueiredo (1979-85). As ditas medidas de choque na economia, que iam desde a troca de moeda, com eliminação das casas das centenas, dezenas e unidades – popularmente chamado como "cortar três zeros", entre 1986 e 1989 –, até a tentativa fracassada de controlar preços e salários, apenas tinham resultados a curto prazo, e não conseguiam

Paulo: Boitempo, 2010.p. 16.

8 Tal fenômeno também pode ser observado em outras ditaduras à direita, como o caso do nazifascismo na Europa, durante os anos 1920-1940. Grandes proprietários rurais, banqueiros, industriais, altos funcionários públicos, o generalato e os oficiais das forças armadas alemãs e italianas apoiaram os regimes de exceção de Adolf Hitler e Benito Mussolini. Estes, por sua vez, fecharam sindicatos, suprimiram direitos trabalhistas, diminuíram salários e proibiram greves, dentre outras medidas, agradando às respectivas elites. Portugal, durante o Estado Novo (1926-74), e a Espanha de Franco (1939-76) também confirmam a regra.

evitar o retorno, amplificado, da inflação. Os planos Cruzado, Bresser e Verão, em geral, acarretaram grandes perdas do poder de compra das classes mais desfavorecidas, no governo Sarney (1985-1990). O Plano Collor, no governo seguinte (1990-2), também não conseguiu maiores sucessos. A crescente avalanche inflacionária do período 1982-94 só seria controlada a partir do Plano Real, já no governo Itamar Franco (1992-4). Mesmo com crises internacionais e crises internas, e com a inflação ultrapassando metas previamente fixadas entre 1998 e 2023, ainda assim a situação ocorrida durante toda a década de 1980 e quase toda a primeira metade dos anos 1990 não se repetiu.

A inflação, sob controle ou não, no entanto, é tão somente um problema visível de uma estrutura profunda. A desigualdade social, a concentração de renda e fundiária, a exclusão social e a violência no Brasil são questões que advém da organização da sociedade colonial, dos séculos XVI-XIX. Na atualidade, 75% das terras agricultáveis no país pertencem a cerca de 25% dos proprietários rurais.[9] A violência no campo é proporcional à concentração de terras, e o Brasil é um dos países mais perigosos do mundo para lideranças indígenas, camponesas e ambientais, com números expressivos de assassinatos desses três grupos. A violência urbana também merece nossa atenção, com números crescentes de assassinatos, os quais vitimizam principalmente homens negros e moradores de periferia. Mesmo em tempos de diminuição do número de miseráveis e combate efetivo da fome no país, durante os quatro governos seguidos de presidentes oriundos do Partido dos Trabalhadores (2003-16), a violência no Brasil continuou crescente, o que é um indicador seguro das raízes estruturais. A polícia no Brasil, apesar de todos os esforços empreendidos pós constituição de 1988, continua usando arbitrariedades, tortura e execuções extralegais contra a população de baixa renda.[10] O fenômeno

9 TEIXEIRA, Izabella. Palestra proferida pela então ministra do Meio Ambiente, Izabella Teixeira, aos alunos da Escola Superior de Guerra, em setembro de 2012.

10 A violência do Estado contra as camadas mais pobres dos centros urbanos sempre foi sentida de forma mais acentuada. Na experiência de segurança pública brasileira, mesmo antes do Golpe de 1964, sempre houve excessos como a chamada 'Polícia Mineira', que executava sumariamente pessoas à margem da sociedade, e originou os

das milícias, surgido no Rio de Janeiro no início do século XXI, fez com que os esquadrões da morte avançassem de vez pela ilegalidade. Se, até os anos 1970, 1980, os membros dos esquadrões apenas se limitavam a cuidar de execuções extra judiciais de indivíduos oriundos de grupos vulneráveis, com algumas incursões na contravenção, a partir deste século eles passaram a disputar territórios com o tráfico de drogas, abarcando, cada vez mais e mais atividades criminosas.

O estado brasileiro, constituído a partir do primeiro governo Vargas (1930-45) sob a lógica do estado de bem-estar social, passou a sofrer severas críticas com a ascensão do modelo neoliberal dos anos 1990, o qual criticava, através de slogans ideológicos, o tamanho e ineficiência do estado, partindo do falso pressuposto de que a iniciativa privada seria eficiente por excelência. Assim, durante o governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), houve uma campanha intensa de privatizações de empresas públicas. Os governos Lula (2003-10) e Dilma (2010-6), apesar da posição progressista partidária, não reverteram esse processo, mostrando que eram *confiáveis*, ainda de acordo com a argumentação de Paulo Mercadante. Apesar de toda a ênfase no discurso neoliberal, alguns de seus propagadores, como altos funcionários públicos, civis e militares, não abrem mão das próprias prerrogativas, o que resulta em um modelo de sociedade que vai se perpetuando e deixando pouco espaço para a discussão de outras possibilidades de estruturação social e burocrática. Esta condição, aliada ao protagonismo de algumas lideranças no governo de Jair Bolsonaro (2019/2022) atuou como uma espécie de caldo de cultura, onde se forjou um entendimento do "*nós contra eles*", onde os

chamados esquadrões da morte, os quais agiam com o beneplácito da ditadura militar. Um exemplo típico foi o Esquadrão Le Cocq, em homenagem a um policial morto por criminosos, na cidade do Rio de Janeiro, no final da década de 1950. A principal função do esquadrão era cumprir metas: cada policial assassinado levaria à execução de cinco criminosos conhecidos. Foi, e ainda é, o tipo de ação que faz com que as classes médias e as elites se sintam mais seguras no ambiente urbano brasileiro. Após o golpe de 1964, tais instituições informais ganharam mais apoio governamental e vários policiais foram utilizados no aparato repressivo da ditadura, num grande esquema de sequestro, tortura, assassinato e ocultação de cadáveres de opositores ao regime, supostos ou reais.

setores sociais mais vulneráveis foram alijados dos espaços nos quais poderiam reivindicar ganhos[11].

A partir do governo Lula (2003-10), políticas sociais confiáveis chegaram a tirar milhões de brasileiros da miséria. Fazemos uso do termo *confiáveis* porque não implicaram em expropriações diretas de rendimento das classes A e B, e sim em transferência de renda do Estado, assim como também houve a promoção de políticas de cotas para o ingresso em universidades públicas e a duplicação das vagas nas mesmas, com a criação de novas universidades federais, e novos *campi* de universidades já existentes, a partir de programas de expansão. A fome foi reduzida drasticamente e a classe C passou a ser a mais numerosa do país, com pouco mais de 50% da população. Apesar disso, o que parecia ser a combinação ideal, justiça social sem episódios de convulsões sociais, trouxe à tona problemas mal disfarçados ao longo dos anos, como racismo e ódio de classe.

> Quando espaços antes exclusivos da elite social, como shopping centers e aeroportos, mesclaram-se socialmente, a presença dos 'sem modos' foi rechaçada. A estigmatização dos ascendentes escalou de alusões à falta de elegância ao ataque focal aos que acumulavam traços sociais e físicos tidos por negativos: os negros. Queixas contra sua presença se multiplicavam. (...) O mal-estar de estratos altos com a perda de status relativos se enunciou em incidentes cotidianos (...).[12]

11 No período do governo de Jair Bolsonaro o mundo viu o surgimento da pandemia de Covid Sars 19, a qual se alastrou pelo mundo a partir de seu surgimento na China, no final de 2018, o que trouxe para os países de todo o mundo uma situação ainda não experimentada de viver em condições sanitárias altamente adversas. Embora seja uma condição relevante, a pandemia e seus efeitos não foram considerados no presente estudo, uma vez que entendemos que: 1) seria merecedora de um estudo à parte; 2) os efeitos da mesma na situação política do Brasil e dos eventos de 8 de janeiro não estão diretamente relacionados.

12 Angela Alonso. *Treze*: a política de rua de Lula a Dilma. São Paulo: Companhia das Letras, 2023, p. 25.

Esse mal-estar poderia ser resumido na frase "quando se descobriu que o filho do porteiro não seria o porteiro dos seus filhos", referência direta à ascensão social promovida pelo conjunto das políticas públicas petistas. A crise econômica da década de 2010-20, somada ao ódio de classe que se alimentava constantemente, levou à convulsão política dos anos 2016-2022, começando com o golpe de estado que tirou a presidente Dilma do poder – um processo de *impeachment* sem a caracterização evidente do crime de responsabilidade – e terminando com o fim do governo Bolsonaro (2019-22). No entanto, tal processo deixou marcas profundas no país, sendo a ascensão da extrema direita radical apenas a parte mais visível, além de preocupante. Esta ascensão, apoiada vividamente pelas elites, por parte do oficialato das forças armadas[13] e pelas polícias estaduais, além de outros grupos minoritários, expõe um problema essencial a ser enfrentado pelo país e estão na gênese dos terríveis acontecimentos que o país assistiu em janeiro de 2023.

3. REVOLTOSOS OU AMOTINADOS? ETNOGRAFIA DOS ATAQUES DE 8 DE JANEIRO

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de

13 Não se pode perder de vista o papel político desempenhado pelas Forças Armadas brasileiras, em especial o Exército, por ter o maior contingente. Desde a instauração da República, em 1889, até o golpe de 2016, nunca houve nenhuma ruptura política no Brasil sem a participação ou beneplácito das Forças Armadas.

> Deus, a seguinte constituição da república federativa do brasil.
> Art. 1o — A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> i — a soberania;
> ii — a cidadania;
> iii — a dignidade da pessoa humana;
> iv — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> v — o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
> Art. 2o — São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
> Art. 3o — Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> i — construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> ii — garantir o desenvolvimento nacional;
> iii — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> iv — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Uma das características do movimento que se voltou contra o Estado brasileiro em 8 de janeiro de 2022 é o fato de que seus membros não possuem um perfil único, algo que os defina e os identifique a partir de um ponto de vista sociológico. Não há um sinal ou marca que possa torná-los identificáveis de maneira uniforme em meio ao grupo social maior que é a sociedade brasileira. Há entre eles indivíduos das mais diversas origens, profissões e classe sociais. De forma geral, a marca única que os distingue está no campo das ideias, segundo se pode depreender dos seus discursos e das ações que foram se acirrando a partir de 2019, até 2022. Para aqueles que

estiveram em Brasília ao longo de todo o ano de 2022 ou parte dele e que, num ato mais radical, invadiram a Praça dos Três Poderes e se voltaram para a depredação do patrimônio público uma semana após a posse do presidente recém-eleito, as eleições teriam sido objeto de fraude e Lula não teria, neste caso, legitimidade para ocupar o cargo de presidente da República. A ideia foi construída a partir de um entendimento considerado equivocado por parte dos especialistas, quanto à interpretação de um dispositivo constitucional, o Artigo 142, da Constituição Federal[14]. O conceito de liberdade de expressão foi ampliado a fim de dar conta de comportamentos que se voltaram contra os princípios que historicamente sustentam a própria liberdade de expressão e de pensamento.

Entre as várias construções ideológicas que sustentaram, e sustentam, historicamente a visão de mundo que permeia alguns grupos sociais de extrema direita no Brasil, um entendimento sobre o conceito de comunismo sempre aparece. No imaginário ideológico do país, o "fantasma do comunismo" é sempre lembrado quando o objetivo vem a ser a retirada das liberdades individuais, em nome da segurança e do bem-estar da sociedade. Trata-se de uma estratégia que vem sendo construída já desde o período da Primeira República (1889/1930), e que vai ser, com sucesso, intensificada durante a o primeiro governo de Getúlio Vargas (1882/1954). Segundo Schwarcz (2015, 385)[15],

14 Uma série de pareceres, artigos acadêmicos e de opinião foram uníssonos em atacar um entendimento de que o Artigo 142 autorizaria uma intervenção das Forças Armadas com a finalidade de restaurar a ordem política e social no país. O mais relevante deles foi elaborado pela Secretaria-Geral da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (https://www.camara.leg.br/midias/file/2020/06/parecer.pdf). Nele, se estabelece de forma bastante nítida que "trata-se de 'fraude ao texto constitucional' a interpretação de que as Forças Armadas teriam o poder de se sobrepor a "decisões de representantes eleitos pelo povo ou de quaisquer autoridades constitucionais a pretexto de 'restaurar a ordem". (https://www.camara.leg.br/noticias/667144-camara-emite-parecer-esclarecendo-que-artigo-142-da-constituicao-nao-autoriza-intervencao-militar/#:~:text=O%20artigo%20142%20diz%3A%20%22As,P%C3%A1tria%2C%20%C3%A0%20garantia%20dos%20poderes).

15 SCHWARCZ, Lilia Moritz. Brasil, Uma Biografia. São Paulo, Companhia das Letras, 2015.

> Ainda em novembro (de 1935), durante os levantes em Natal e no Recife, Vargas pressionou e o Congresso aprovou o estado de sítio. Em dezembro, a pressão aumentou, o governo criou a Comissão de Repressão ao Comunismo, o general Góes Monteiro defendeu a suspensão dos direitos individuais, e os deputados aceitaram decretar o estado de guerra por noventa dias — medida prorrogada sucessivamente, até julho de 1937. O governo podia agora agir sem limitações, e levou adiante uma brutal operação, em larga escala, de busca e detenção, sem data para terminar, que jogou na cadeia milhares de pessoas — membros da ANL, comunistas, simpatizantes e qualquer cidadão que a polícia considerasse suspeito de conspiração, incluindo o popular prefeito do Rio de Janeiro, Pedro Ernesto.

Esta foi a mesma tese que ajudou a legitimar o golpe militar de 1964, o qual deu origem a uma ditadura que durou de 1964 a 1985. O discurso dos militares pautou-se pela demonização do então presidente, João Goulart (1919-1976), que mantinha laços estreitos com Vargas, e cuja pecha de comunista foi repetida de modo a tornar palatável aos setores mais conservadores da sociedade brasileira as ações golpistas e a retirada de direitos que sobreveio nos anos seguintes (Motta, 2000)[16]. O mesmo autor, em entrevista ao jornal O Estado de São Paulo, afirma que [17]

> Até por não haver um significado muito claro do que é o comunismo, ele é mobilizado em grande medida para gerar medo na população. Os comunistas são sempre o mal. Sempre se repetem as imagens de cores vermelhas, umas caras diabólicas, serpentes,

16 MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Em guarda contra o "perigo vermelho": o anticomunismo no Brasil (1917-1964). 2000. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. . Acesso em: 2 dez. 2023.

17 https://www.estadao.com.br/estadao-verifica/posts-distorcem-a-historia-ao-afirmar-que-militares-em-1964-impediram-o-comunismo-no-brasil/

> são sempre coisas associadas a esse imaginário cristão relacionado ao inferno (...).

Nos tempos atuais, o processo de construção de tal linha de pensamento fez com que uma parte significativa da população brasileira, na casa dos milhões, deixasse de crer nas instituições estabelecidas, o que tem relação direta com a ação das redes sociais na formatação de um *ethos* comum, acrítico, em relação a conceitos tais como democracia, ditadura, liberdade de expressão e legalidade, entre outros. A pequena margem de diferença entre os votos de Lula e Jair Bolsonaro, apenas 1,8% dos votos válidos, a menor registrada desde a redemocratização do país, evidenciou uma divisão que vai além das urnas e se espraia para as muitas esferas da vida social. Os eventos do 8/01 de 2023 foram precedidos por um outro, ainda em dezembro de 2022, quando grupos de aliados do candidato derrotado tentaram invadir a sede da Polícia Federal em Brasília[18]. Foi o prenúncio do que estava ainda por vir. Registre-se que uma das críticas feitas às autoridades que poderiam ter evitado os atos antidemocráticos que se sucederam, era de que os acontecimentos foram parte de um enredo anunciado e premeditado.

O antipetismo conservador e reacionário alimentou o crescimento do populismo de extrema direita (Couto, 2023, 5), o qual vinha crescendo no país desde os episódios ocorridos entre 2013 e 2014, os quais resultaram na decretação do *impeachment* da então presidente da República, Dilma Vrana Roussef. Criou-se, ao longo de meia década, toda uma população de ressentidos sociais e políticos com viés de direita. Os vários episódios onde o Partido dos Trabalhadores foi envolvido em casos de corrupção, fez com que camadas sociais que historicamente se identificam com as agendas mais progressistas, deixassem de crer na possibilidade de conseguirem alguma ascensão

18 https://gauchazh.clicrbs.com.br/pioneiro/politica/noticia/2023/01/cientistas-politicos-falam-sobre-o-futuro-do-pais-apos-ataque-em-brasilia-clcuzrpw8002r0181s4ziysyd.html.

social ou, tão somente, conseguissem manter um patamar de consumo, por exemplo. Segundo Chiodi e Bernardi (2023, 131),[19]

> A eleição presidencial de 2018 ocorreu em momento de forte polarização política, antipetismo, níveis de descontentamento e descrença nos partidos, candidatos e instituições políticas como um todo, que já vinha ocorrendo desde as manifestações de 2013.

Na mesma linha, em um trabalho que busca determinar as condições que levaram Jair Bolsonaro ao Poder, Mesquita Junior (2023)[20], considera que isto foi possível devido a: *as manifestações de junho de 2013*; *a operação Lava Jato*; *o impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff*; *a ascensão da extrema direita*; **e,** *os sentimentos de antipolítica e antipetismo*. **Vistos em conjunto, estas variáveis condicionaram** o cenário que favoreceu uma candidatura que teve o radicalismo como mote e promoveu um debate esvaziado de ideias. Bolsonaro não participou dos debates realizados entre os candidatos e se absteve, desta forma, de mostrar ao eleitorado as suas fragilidades. As facilidades de amplo acesso às redes sociais e a pouca regulação existente no tocante às mesmas, as tornaram um campo fértil para o extremismo de direita, fazendo com que ali proliferassem as teses que levaram os partidários de Jair Bolsonaro a crer que seu líder era, de fato, vítima de uma conspiração que tinha por objetivo tirá-lo da presidência da República por meio de uma eleição fraudulenta. Vídeos e textos de autoria anônima, muitos dos quais editados com o uso de inteligência artificial, foram disseminados por meio de sites e contas nas redes sociais com extrema facilidade e grande velocidade. O objetivo inicial de criar um clima de radicalismo político mostrou-se, posteriormente, parte de um plano maior, que envolvia a

19 CHIODI, A. D; BERNARDI, A. J. B. Revista Uruguaya de Ciencia Política 32 (1), pág. 131.

20 https://revistaft.com.br/as-origens-do-bolsonarismo-aspectos-politicos-e-juridicos-da-ascensao-do-populismo-autoritario-no-brasil-do-seculo-xxi/.

desacreditação das instituições, criando em torno de Bolsonaro uma visão messiânica de sua figura. As muitas denúncias de corrupção e uso da máquina pública em benefício pessoal não foram suficientes para fazer com que a imagem do presidente fosse abalada. Pelo contrário, foram usadas pelos partidários do governante como prova do enredo que denunciavam como se verdadeiro fosse. O resultado deste enredo foi visto uma semana após a posse de Lula, em 8 de janeiro.

4. O ESTADO CONTRA OS AMOTINADOS

Segundo Avritzer (2021, 10)[21],

> Jair Bolsonaro chega à presidência não como um líder político, e, sim, como um líder de um movimento capaz de destruir políticas e políticos. Esse foi o princípio que orientou a construção de sua equipe. O **capitão** (grifo nosso), montou um ministério no qual pouquíssimos ministros tinham relações com partidos ou eram técnicos nas suas especialidades, fatos ressaltados por ele como positivos.

Os ataques ocorridos em Brasília no dia 12 de dezembro de 2022 tiveram como objetivo declarado vandalizar o centro da capital do país e preparar a opinião pública para o que viria em seguida. Ao mesmo tempo, foi uma espécie de ensaio com relação à reação das forças de segurança, as quais eram simpáticas a Bolsonaro, devido às suas posições de defesa da classe das polícias estaduais e federais. Uma horda vestida de verde e amarelo atacou prédios públicos, incendiou veículos particulares e de transporte público, e colocou em xeque a defesa do patrimônio público. A reação das forças de segurança foi de plena passividade e, somente ao final daquele mês, em 29 de dezembro, suspeitos de terem participado dos eventos foram identificadas, sendo

21 ARVRITZER, Leonardo. Política e Antipolítica

alguns deles objeto de mandado de prisão[22]. Contudo, a mensagem que ficou foi a de uma certa permissividade em relação ao que seria tolerado. Ali, limites foram ultrapassados e o risco de eventos mais contundentes já estava definido. Era, portanto, previsível que outras ações estavam sendo orquestradas para a posse de Lula ou para os dias subsequentes. O despudor com que os revoltosos do dia 12 agiram era uma espécie de senha para que outros indivíduos se sentissem à vontade para aderir ao movimento.

Não é propósito do presente estudo apresentar uma cronologia dos eventos de janeiro de 2023. O que se viu naquela data está por demais registrado em vários tipos de mídia. O movimento, triste espetáculo, se inicia ao longo de toda a manhã e avança pela tarde, indo até o início da noite do domingo. O receituário incluiu a depredação de prédios públicos, a destruição de peças do patrimônio histórico que estavam aí abrigadas, e, por meio de tais atos, uma espécie de achincalhamento das instituições e de sua simbólica. A mensagem clara era de desrespeito às instituições republicanas e da ordem estabelecida. Para os participantes do levante, tais instituições, representadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal Eleitoral (TSE), Congresso Nacional e Poder Executivo não mais teriam representatividade junto ao povo brasileiro e estariam, da mesma forma, destituídas de legitimidade para conduzirem o país. Numa espécie de fanfarronice política, reivindicavam um levante das Forças Armadas, para que estas assumissem a condução do movimento. A espera mostrou-se vã e veio acompanhada de uma dura resposta por parte do Estado. No âmbito do poder Judiciário, vários inquéritos foram abertos e uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito-CPMI foi instalada no Congresso Nacional, com a finalidade de apurar "*Como alguns milhares de insurgentes se radicalizaram, se organizaram e puderam romper, sem muita dificuldade, os sistemas de segurança que deveriam proteger a Praça dos Três Poderes.*" (Brasil, 2023,12).

22 https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2022/12/29/policia-cumpre-mandados-em-operacao-sobre-tentativa-de-invasao-a-pf-e-vandalismo-em-brasilia.ghtml.

O relatório da CPMI do 8 de janeiro apresenta um perfil dos insurgentes,

> (...) cerca de 60% dos denunciados são homens entre 36 e 55 anos; os outros 40% são mulheres com idade média de 46,3 anos. A maior parte vem de cidades do interior do Brasil, principalmente de São Paulo, Minas Gerais e Paraná. Metade dos denunciados recebeu auxílio emergencial durante a pandemia de covid-19, e menos de 20% têm filiação partidária." (Brasil, 2023, 77)
> (...)
> O perfil profissiográfico é heterogêneo: há aposentados, servidores públicos, profissionais liberais, microempresários individuais, agentes culturais, trabalhadores autônomos, donas de casa, entre inúmeros outros. O nível de escolarização também é variado: há muitas pessoas com curso superior (professores, advogados, administradores, médicos veterinários) e outras com o ensino fundamental incompleto. (78)
> (...)
> Os dados apontam para um fenômeno aparentemente atípico: os insurgentes seriam pessoas "comuns", de meia idade, de perfil interiorano, sem vínculo anterior com episódios de violência. *Sobressai, no conjunto, a presença expressiva de mulheres.* (Idem)

Tratava-se, portanto, de "pessoas comuns", como é definido pelo Relatório da CPMI, desvinculadas de atividades pregressas no campo da política e sem histórico de registros criminais. Eram os personagens ideais para o teatro de absurdos que foi montado por lideranças políticas até então inexpressivas e outras, cujo interesse estaria no campo das atividades econômicas, lícitas ou ilícitas, cuja exploração vinha de ser facilitada pelos quatro anos de governo de Jair Bolsonaro. Um total de 2.151 pessoas foram presas, ainda no domingo

ou nos dias subsequentes. Destas, 1.390 foram objeto de denúncia por parte do Ministério Público Federal, fosse pela execução material das atitudes de danificação ao patrimônio público, pela incitação aos atos ou pelo seu financiamento (Brasil, 2023, 77).

Os mecanismos psicossociais que explicariam os atos do 8 de janeiro estão descritos no Relatório da CPMI a partir de várias teses, sendo as mais relevantes delas aquelas que associam os atos à linha de pensamento que tem suas bases em Hannah Arendt e seus estudos sobre a "banalidade do mal" e as origens do totalitarismo[23]. O primeiro dos trabalhos descreve o julgamento do soldado nazista Adolf Eichmann. Já o segundo, apresenta uma discussão à forma como as massas aderem de forma acrítica e incondicionalmente a teses não democráticas. Outras linhas de pensamento, menos identificáveis, são buscadas. Contudo, qualquer tentativa de entendimento não daria conta de explicar todos os ingredientes que se juntam na elaboração de um movimento sem lideranças aparentes e tão acrítico quanto foi o que é objeto do presente estudo[24].

Relevante, para os nossos propósitos, é o fato de que houve por parte do Estado uma resposta dura, rápida e uníssona. O movimento foi objeto de condenação por parte considerável da sociedade brasileira e dos poderes que a representam. A CPMI responsabilizou diretamente Jair Bolsonaro pelos eventos que ocorreram em Brasília, sendo ele um dos principais indiciados pela Comissão. O ex-presidente jamais reconheceu qualquer participação ou ligação com os atos. Embora

23 ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999; ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

24 Há os que entendem que os atos de Brasília estariam relacionados ao que aconteceu um ano antes nos EUA, quando partidários do ex-presidente Donald Trump invadiram o Capitólio tentando impedir a diplomação de Joe Biden, que havia derrotado o republicano nas eleições majoritárias naquele país. Embora haja semelhanças entre os dois episódios, não se pode afirmar que um seja diretamente relacionado ao outro, embora tenhamos personagens que se repetem aqui e lá. Aqui, o conjunto das circunstâncias que levaram aos atos tem natureza distinta e Trump, diferentemente de Bolsonaro, que agia nos subterrâneos das redes sociais, atuava abertamente contra o resultado das eleições em que foi derrotado por Biden.

estivesse a alguns milhares de quilômetros do campo de batalha em que se transformou a Praça dos Três Poderes, Bolsonaro é, sabidamente o maior dos seus incentivadores[25]. Tão importante quanto a reação dos poderes constituídos em resposta ao que ocorreu em Brasília no 8 de janeiro de 2023, é o entendimento comum, mesmo por parte de alguns dos partidários da gestão bolsonarista, de que houve excessos e de que estes se constituíram em crime contra o estado e as instituições. Pouco foram os que vieram a público rechaçar a opinião geral que se formou em torno das ações delituosas de uma turba ensandecida. Em resposta, não se pode dizer que houve, em qualquer momento, um arrefecimento por parte das autoridades no enfrentamento daqueles que atentaram contra o país nos episódios que são aqui objeto de nosso interesse.

Ao longo do ano de 2023, o governo de Luiz Inácio Lula da Silva enfrentou dificuldades em razão das necessidades de aprovação de sua agenda de governo, em um cenário que tinha como um de seus ingredientes um Congresso conservador e com muitos membros remanescentes do governo que o antecedeu. Em alguma medida, Lula precisou exercitar sua reconhecida habilidade de negociação frente a setores que sempre lhe foram antagônicos e mesmo hostis. Se este processo foi necessário para dar conta do cumprimento ao que foi prometido nos palanques, foi também uma forma de distensionar os grupos mais radicais, os quais insistiram em reafirmar as pautas bolsonaristas. Aqueles mais próximos ao presidente têm em conta, em exata medida, o fato de que o perigo de um novo levante é atualmente algo distante. Porém, a história política do Brasil é pródiga em

25 No momento em que este estudo está sendo redigido (dezembro de 2023), ainda não houve o indiciamento formal por parte da Justiça brasileira do ex-presidente Jair Bolsonaro. Vários dos amotinados já foram objeto de sentença e muitos deles ainda se encontram presos. Estes primeiro apenados são aqueles que estiveram envolvidos nos atos de vandalismo e destruição do patrimônio público. Bolsonaro deixou o país antes do término de seu mandato e esta é a alegação para sua presunção de inocência. Espera-se para as primeiras semanas de 2024 que sejam conhecidas as sentenças contra os financiadores dos atos, o que abre uma perspectiva de que os mentores intelectuais venham da mesma forma a serem também atingidos pela Justiça.

reviravoltas que obrigam as autoridades e estarem sempre atentas aos movimentos dos radicais.

CONCLUSÕES

Passados pouco mais de um ano após os acontecimentos de janeiro de 2023, ainda não há como se avaliar os seus desdobramentos, os quais devem começar a se tornar mais visíveis no cenário das eleições para prefeitos municipais, as quais vão ocorrer em 2024. A recenticidade dos acontecimentos de janeiro de2023 ainda não permite uma avaliação histórica mais precisa dos eventos e das suas consequências para o conjunto das instituições políticas brasileiras. Desde sua posse, Lula tem se debatido junto a um Congresso que está entre os mais conservadores da história da República no Brasil e esta é uma herança do radicalismo que é visível nas relações entre os poderes Executivo e Legislativo. Personagem não menos importante, o poder Judiciário terminou por se mostrar um garantidor da ordem estabelecida e das instituições. Contudo, algumas das condições que permitiram a criação de um ambiente favorável ao radicalismo político, ainda persistem e devem levar algum tempo para que possam ser erradicadas ou pacificadas. A verdade é que a história política do Brasil é repleta de episódios em que nos aproximamos e nos afastamos dos ideais democráticos. Estes, por sua vez, não estão internalizados de forma homogênea em todas as camadas sociais, o que funcionaria como uma espécie de freio a novas aventuras golpistas.

O contexto deve ser olhado com atenção, uma vez que as dificuldades vividas pelo atual governo podem ser direcionadas para o surgimento de um novo ideário de radicalismo entre os leais seguidores do ex-presidente Bolsonaro. No campo da direita, novas lideranças devem se apresentar, uma vez que, desde julho de 2023, Jair Bolsonaro foi tornado inelegível. Não há garantias legais de que isto se mantenha, mas, caso não haja alteração, outros atores políticos devem se apresentar a um contingente que desenvolveu nos últimos

anos uma espécie de aversão aos governos e ao ideário tido como de esquerda. Paradoxalmente, podemos afirmar que o "*fantasma do comunismo*" está mais vido do que nunca.

Couto (2023), avalia que sob o governo de Jair Bolsonaro, a democracia no Brasil esteve sempre em constante estresse. O objetivo seria o de levar às últimas consequências um modelo de gestão pautado no radicalismo e na *não-política*, sendo o levante de 8 de janeiro o ato final de uma ópera bufa. Segundo o autor,

> A Intentona do 8 de Janeiro foi apenas o ponto culminante e mais dramático desse processo de ataque à democracia, um ato desesperado de tentar obter numa última tentativa aquilo que não se logrou conquistar nos quatro anos anteriores. O fracasso dessa tentativa de golpe foi também resultado dessa continuada resistência, apesar do que as evidências parecem revelar como tentativas de sabotagem promovidas pelas próprias forças de segurança. E, assim como o golpismo bolsonarista se estendeu para além do final de seu mandato presidencial, as medidas de resistência a ele também precisarão seguir ativas. A declaração da inelegibilidade de Jair Bolsonaro em 30 de junho foi apenas mais um passo nesse processo. Não poderá ser o último (10).

REFERÊNCIAS

ALONSO, Alonso. *Treze*: a política de rua de Lula a Dilma. São Paulo: Companhia das Letras, 2023, p. 25.

ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999;

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

ARVRITZER, Leonardo. Política e Antipolítica – A crise do governo Bolsonaro. São Paulo, Editora Todavia, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Interpretação do art. 142 da Constituição Federal. Brasília, 03 de junho de 2020. In<https://www.camara.leg.br/midias/file/2020/06/parecer.pdf> Acesso em 13.05.2024

CHIODI, A. D; BERNARDI, A. J. B.A ameaça antidemocrática como instrumento de barganha no governo Jair Bolsonaro (2019-2021). Revista Uruguaya de Ciencia Política 32 (1), pág. 131.

COUTINHO, Carlos Nelson. A Democracia como Valor Universal. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1979.

COUTO, Cláudio Gonçalves. O BRASIL DE BOLSONARO: UMA DEMOCRACIA SOB ESTRESSE. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, FGV EAESP. VoL. 28, 2023, p. 1-13.

CUNHA, Paulo Ribeiro da. 'Militares e anistia no Brasil: um dueto desarmônico'. In: Edson Telles; Vladimir Safatle (org). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.p. 16.

FALCÃO, Márcio (et ali) Bolsonaristas são presos em investigação sobre vandalismo em Brasília e tentativa de golpe de Estado. **G1**. In:< https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2022/12/29/

policia-cumpre-mandados-em-operacao-sobre-tentativa-de-invasao-a-pf-e-vandalismo-em-brasilia.ghtml > Acesso em 13.05.2024

LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. *O leopardo*. Tradução de Maurício Santana Dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 31.

MERCADANTE, Paulo. **A consciência conservadora no Brasil:** contribuição ao estudo da formação brasileira. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

MESQUITA JR, Oton Fernandes. Origens do Bolsonarismo: aspectos políticos e jurídicos da ascensão do populismo autoritário no Brasil do século XXI. **Ciências** Jurídicas. Vol. 26. Edição 118. Jan 2023. 28.02.2023. REGISTRO DOI: 10.5281/zenodo.7579564. In: https://revistaft.com.br/as-origens-do-bolsonarismo-aspectos-politicos-e-juridicos-da-ascensao-do-populismo-autoritario-no-brasil-do-seculo-xxi/ Acesso 13.05.2024.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Em guarda contra o "perigo vermelho"**: o anticomunismo no Brasil (1917-1964). 2000. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. Acesso em: 2 dez. 2023.

PACHECO, Clarissa. Posts distorcem a História ao afirmar que militares em 1964 'impediram o comunismo' no Brasil. Estadão. In:https://www.estadao.com.br/estadao-verifica/posts-distorcem-a-historia-ao-afirmar-que-militares-em-1964-impediram-o-comunismo-no-brasil/ Acesso em 13.05.2024

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Brasil, **Uma Biografia**. São Paulo, Companhia das Letras, 2015.

TEIXEIRA, Izabella. Palestra proferida pela então ministra do Meio Ambiente, Izabella Teixeira, aos alunos da Escola Superior de Guerra, em setembro de 2012.

TERNUS, Henrique. Cientistas políticos falam sobre o futuro do país após ataque em Brasília. **Pioneiro Política.** In: https://gauchazh.clicrbs.com.br/pioneiro/politica/noticia/2023/01/cientistas-politicos-falam-sobre-o-futuro-do-pais-apos-ataque-em-brasilia-clcuzrpw8002r0181s4ziysyd.html Acesso em 13.05.2024

OS JULGAMENTOS EXORTATIVOS COMO CRIAÇÃO INTERPRETATIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELA VIA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE

André Pires Gontijo[26]

RESUMO

A presente pesquisa tem como finalidade investigar os julgamentos exortativos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) como um dos meios de promover o exercício do controle abstrato de convencionalidade no plano internacional. A pesquisa busca demonstrar a influência da Corte no plano internacional via construção jurisprudencial, com o fim de proteger os direitos humanos. Conta com o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que permite realizar a compatibilidade das normas jurídicas internas com o plano internacional. A metodologia utilizada é a análise de precedentes, em que se pretende investigar o controle de convencionalidade exercido pela Corte e se necessita de julgamentos exortativos. A hipótese inicial defende que sim e será infirmada parcialmente.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade. Julgamentos Exortativos. Evolução jurisprudencial dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

Research about the exhortative judgments of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) promotes the exercise of abstract control of conventionality at the international level. The research will

26 Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Professor Titular do CEUB e do Centro Universitário Euro-Americano (UNIEURO). Pesquisador do Programa Cátedras Brasil 2023, vinculado à Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e à Controladoria Geral da União (CGU). Membro do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Contato: <andre.gontijo@gmail.com>.

demonstrate this influence through jurisprudential construction, in order to protect the rights humans. It has Article 2 of the American Convention of Human Rights – there are possible to bring domestic legal rules into line with the international plan. With analysis of precedents, it is intended to investigate if the control of conventionality exercised by the Court requires exortative judgments. The hypothesis holds that it is and will be partially invalidated.

Keywords: International Human Rights Law. Inter-American Court of Human Rights. Conventional Control. Exhortative Judgments. Jurisprudential evolution of Human Rights.

INTRODUÇÃO

Os julgamentos exortativos guardam seu conceito próximo ao direito constitucional. Em seu contexto, contêm uma declaração relativa à validade de um valor constitucional ou princípio cuja implementação envolvem outros setores da engenharia constitucional[27]. Em regra, estão presentes quando a corte constitucional formula recomendações ou diretrizes para o parlamento legislar sobre determinadas questões, com indicações, orientações e princípios a serem seguidos[28], bem como indica ações ou políticas públicas a serem adequadas pelo poder executivo.

Com esta ação, a corte constitucional "exorta" os demais setores a tornarem-se mais eficazes[29]. Isto é, recomenda ao parlamento – por exemplo – que revogue parcialmente ou promova modificações no texto normativo para corrigir os problemas detectados e as discrepâncias

27 LORENZETTI, Ricardo Luis. Complex Judicial Remedies in Environmental Litigation: The Argentine Experience. *Journal of Environmental Law*, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2017.

28 GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo Compensatório como Discurso em matéria de Direitos Humanos*: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina. Tese de Doutorado, 535 f. Brasília: UniCEUB, 2016.

29 LORENZETTI, Ricardo Luis. Complex Judicial Remedies in Environmental Litigation: The Argentine Experience. *Journal of Environmental Law*, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2017.

com a constituição, em um prazo já determinado[30], ou que o poder executivo ajuste determinado procedimento ou implemente ações para a concretização dos direitos fundamentais.

O objetivo da presente pesquisa é discutir a possibilidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH) se valer de julgamentos exortativos para expandir sua jurisprudência e exercer o Controle Abstrato (e Concentrado) de Convencionalidade.

Semelhante à proposta de análise da compatibilidade (material, procedimental e formal) feita pela jurisdição constitucional com os textos constitucionais nacionais em sede de controle de constitucionalidade, o Controle de Convencionalidade apresenta-se como resultado da evolução da jurisprudência elaborada pela Corte IDH.

Inicialmente predisposta a desempenhar um controle subsidiário em relação às jurisdições nacionais, a Corte IDH apresenta-se como jurisdição disposta a exercer o Controle de Convencionalidade de forma concentrada, adotando critérios repressivos e análises abstratas[31] para o desempenho da fiscalização da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante Convenção Americana).

O Controle de Convencionalidade constitui um mecanismo utilizado pela Corte IDH – seja em sede contenciosa ou consultiva –, por meio do qual ela determina a compatibilidade ou incompatibilidade do direito nacional ou dos atos de agentes do Estado Parte. Este controle

30 GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitucionalism*: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter- American Adjudication. San José, Costa Rica: IIDH, 2011.

31 Uma delimitação temática e uma distinção importante é necessária. A literatura sobre Corte IDH enuncia 2 tipos de Controle de Convencionalidade: o abstrato (e concentrado), exercido pela Corte IDH, e o controle difuso, exercido pelos juízes nacionais. Ainda que, teoricamente, todo o Controle de Convencionalidade – seja de forma difusa ou concentrada, tem elevado nível de abstração para se realizar a compatibilidade material, procedimental e formal com o texto da Convenção Americana, o artigo abordará o controle realizado pela Corte IDH como Controle Abstrato (e Concentrado) de Convencionalidade, mencionando o Controle Difuso em exemplos concretos de contextualização da disciplina (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013).

é concretizado mediante uma sentença internacional, em que é determinado o sentido e o alcance das disposições convencionais. Nela, pode-se determinar ao Estado Parte – como obrigação de resultado – modificar, suprimir ou derrogar normas de direito interno. Além disso, pode-se exigir do Estado a abstenção de práticas de agentes estatais contrárias aos atributos e garantias dos direitos assegurados pela Convenção Americana, bem como pelos tratados ou convenções que complementam o Sistema Interamericano, com o escopo de resguardar o efetivo exercício dos direitos humanos[32].

Neste cenário, a problemática do presente artigo circunscreve-se no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com ênfase na discussão sobre Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em especial o processo e a jurisdição da Corte IDH, no contexto do exercício do Controle de Convencionalidade.

Como questionamento, indaga-se: a Corte IDH se vale de julgamentos exortativos para exercer o Controle Abstrato (e Concentrado) de Convencionalidade? Referida Jurisdição do Sistema Interamericano se utiliza destes julgamentos para expandir o seu entendimento sobre o conteúdo e eficácia dos direitos humanos?

A hipótese inicial é que a Corte IDH maneja determinados julgamentos para expandir a doutrina do Controle Abstrato (e Concentrado) de Convencionalidade e, com esta expansão, consolidar o seu entendimento sobre o conteúdo da Convenção Americana e de outros tratados que compõem o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (doravante Sistema Interamericano).

Em resposta às violações de direitos humanos cometidas pelos Estados, a Corte IDH expande a influência de sua jurisdição por meio da construção jurisprudencial de proteção dos direitos humanos, em especial a partir do exame do artigo 2º da Convenção Americana. A

32 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.

Corte IDH tem reconhecido progressivamente ofensas ao conteúdo material dos direitos humanos, em virtude da incompatibilidade das normas jurídicas internas com o conjunto de normas previsto no texto convencional. O contencioso jurisprudencial interamericano tem evoluído a ponto de a Corte IDH realizar diretamente o confronto interpretativo com os parlamentos e os magistrados dos Estados. Nesse contexto, a Corte IDH exerce o controle das normas nacionais, similar ao controle de constitucionalidade praticado pelas cortes constitucionais, em termos de questões com as quais a Corte é confrontada, bem como das técnicas e das metodologias implementadas.

Para alcançar esta hipótese, além do objetivo geral já anunciado, os objetivos específicos do artigo estão em examinar um conjunto de julgamentos que reflitam a exortação da Corte IDH na confecção de precedentes que visam concretizar os direitos humanos.

A metodologia predominante a ser utilizada será a dogmática-instrumental, com ênfase no estudo de precedentes da Corte IDH, da doutrina interamericana que promove o cotejo analítico e crítico dos conceitos operacionais com estes julgamentos, além do texto da Convenção Americana e outros tratados que foram objeto dos julgamentos exortativos da Corte IDH.

Os referenciais teóricos utilizados serão os que realizam o exame crítico dos precedentes da Corte IDH[33] (ANTKOWIAK, 2008; FERRER MAC-GREGOR; HERRERA GARCÍA, 2013; GÓNGORA MERA, 2011; GONTIJO, 2016; LORENZETTI, 2017; NOGUEIRA ALCALÁ, 2013), com ênfase no exercício do Controle de Convencionalidade, bem como

33 Destaca-se, dentre os principais autores: ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter- American Court of Human Rights and Beyond. Columbia Journal of Transnational Law, v. 46, n. 2, 2008; GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism*: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter- American Adjudication. San José, Costa Rica: IIDH, 2011 e FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos:* entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.

nas possíveis consequências dos julgamentos exortativos para o plano internacional[34] (TRAMONTANA, 2010).

A justificativa teórica-acadêmica diz respeito ao avanço metodológico da Corte IDH, no sentido de se tornarem bem mais elaborados em termos de complexidade estrutural e por demonstrarem o intuito de alcançar a possível modificação da ordem jurídica interna.

A justificativa social (e porque não pessoal) diz respeito à necessidade de se compensar o déficit de proteção dos direitos humanos que se experimenta na ordem jurídica dos Estados Nacionais. O Brasil, por exemplo, já foi condenado em temáticas importantes no passado (Caso Ximenes Lopes, em 2006; Gomes Lund, em 2010) e, recentemente, promoveu alterações legislativas restritivas na esfera trabalhista[35] logo após ser condenado por Trabalho Escravo (Corte IDH, Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, em 2016). Se não bastasse isso, outras 2 condenações do Estado brasileiro são visíveis (Casos Favela Nova Brasília e Povo Indígena Xucuru e seus membros, ambos de 2017), o que demonstra a necessidade de se estudar os julgamentos exortativos como forma de promover – de forma real e séria – a concretização dos direitos humanos na ordem jurídica interna.

Assim, o desenvolvimento da pesquisa irá retratar a jurisprudência da Corte IDH por meio de julgados que conferem um tratamento metodológico ao Controle Abstrato de Convencionalidade. Em regra, este Controle Abstrato exercido pela Corte IDH apresenta três tipos de resoluções: (i) declarações da existência de omissão legislativa; (ii) pedido genérico ao parlamento dos Estados para

34 TRAMONTANA, Enzamaria. The Contribution of the Inter-American Human Rights Bodies to Envolving International Law on Indigenous Rights over Lands and Natural Resources. *International Journal on Minority and Group Rights,* v. 17, p. 241-263, 2010.

35 A menção serve tanto para a reforma trabalhista promovida pela CLT – Lei 13.467, de 13/7/2017, como também a Portaria 1.129/2017 do Ministério do Trabalho que abrandou as regras do trabalho escravo – um possível lenitivo pelos parlamentares da bancada ruralista se manterem na coalização e auxiliarem na sustentação da governabilidade do atual Presidente da República. Além de ter sido alvo de controle abstrato de constitucionalidade perante o STF – vide, por exemplo, ADI 5.802/2017 –, a Portaria 1.293/2017 restabeleceu a sistemática anterior.

revogar ou alterar a norma jurídica em conflito com a Convenção; e (iii) determinações para anular a norma jurídica nacional conflitante, a qual impede o magistrado de aplicar a Convenção no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais. Estes três modelos de Controle Abstrato de Convencionalidade possuem características próprias de "exortação" utilizadas pela Corte IDH em sua expansão pela concretização dos direitos humanos.

1 DECLARAÇÕES DE EXISTÊNCIA DE OMISSÃO LEGISLATIVA

A declaração de existência de omissão legislativa é um dos instrumentos utilizado pela Corte IDH. No primeiro momento, não há na Convenção Americana instrumento que regule a omissão normativa em relação às disposições dos Estados[36]. A omissão legislativa pode ser definida como uma situação de negligência das autoridades públicas do Estado quando há o dever constitucional de adotar regulamentação sobre determinado tema. Certos países da América Latina (Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, Paraguai, Venezuela, províncias da Argentina e Estados-Membros do México) estabeleceram diferentes

36 A responsabilidade internacional por omissão do Estado já é objeto de discussão no plano do direito internacional geral. Nesse aspecto, há proposta da Comissão de Direito Internacional da ONU para regular a omissão como modalidade de ato ilícito internacional praticado pelo Estado. Sobre o tema, conferir: ONU. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Texto aprovado pela Comissão de Direito Internacional em sua 53ª sessão, em 2001, e apresentado à Assembleia Geral da ONU, aparecendo como anexo à Resolução da Assembleia Geral 56/83, de 12/12/2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/ draft%20 articles/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 28/03/2024.

mecanismos para solucionar este problema. O controle da omissão legislativa realizado no Brasil[37] é considerado um dos mais avançados[38].

O controle da omissão legislativa utilizado pelos Estados Nacionais possui grande afinidade teórica com os julgamentos proferidos pela Corte IDH. Um bom exemplo para demonstrar esta aproximação pode ser visualizado no Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai.

Neste caso, a Corte IDH determinou a adequação do sistema jurídico interno para a adoção de procedimentos que regulamentem a reivindicação da terra pela comunidade indígena. E, com fundamento no artigo 2º da Convenção Americana, foi ordenado ao Paraguai adotar medidas legislativas voltadas para a criação de mecanismos em que os povos indígenas possam reivindicar as terras ocupadas por seus ancestrais[39]. Nesse aspecto, ainda houve o acréscimo pela Corte IDH de alguns padrões normativos a serem incluídos na respectiva

37 O controle da omissão legislativa no sistema jurídico brasileiro é realizado no âmbito do controle de constitucionalidade. No controle de constitucionalidade concentrado, há o instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que, com a reforma legislativa da Lei n. 9.868/99 pela Lei n. 12.063/2009, ganhou regulamento próprio. Por sua vez, o controle difuso de constitucionalidade aprecia a omissão legislativa mediante a garantia do Mandado de Injunção (MI), garantia constitucional que, juntamente com a sistemática da ADO, sofreu substancial evolução com a jurisprudência do STF, passando de meros instrumentos declarativos da omissão legislativa em ferramentas para regulamentação judicial e concretização dos direitos fundamentais vindicados. Para uma análise ampla da questão, conferir os ensinamentos de MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

38 É a opinião de GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 50. Nesse aspecto, a Corte IDH pode ter se inspirado no controle de omissão inconstitucional brasileiro para o avanço das discussões em seus julgamentos, conforme etapa de constitucionalização abordada inicialmente. No sentido, conferir SCHEUNER, Ulrich. *L'influence du droit interne sur la formation du droit international*. RCADI, tomo 68, 1939, p. 95-206.

39 Sobre o tema relacionado ao direito indígena, conferir as lições de TRAMONTANA, Enzamaria. The Contribution of the Inter-American Human Rights Bodies to Envolving International Law on Indigenous Rights over Lands and Natural Resources. *International Journal on Minority and Group Rights,* v. 17, p. 241-263, 2010 e FORERO-MANTILLA, Felipe. Conectividad: Alcances del Derecho a la Propiedad Aborigen y Tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 16, p. 177-212, jan./jul. 2010.

legislação. Além da efetividade na proteção do direito à reivindicação da terra, a Corte determinou que fossem levados em conta os valores, as práticas e os costumes da comunidade[40].

Outros casos contendo situações de omissão legislativa podem ser verificados, por exemplo, "Cinco Pensionistas" vs. Peru. Neste caso, ao não implementar um conjunto de medidas necessárias para conferir atendimento às determinações das sentenças judiciais, o Estado peruano não tornou efetivos os direitos consagrados na Convenção Americana. Dentre estes direitos, destacam-se os artigos 21 (propriedade privada) e 25 (proteção judicial). Com isso, o Estado deixou de cumprir a obrigação estipulada no artigo 2º da Convenção[41].

No presente feito, como implementação material a ser alcançada pelo Peru, a Corte IDH conferiu margem nacional de apreciação[42] ao Estado para que os órgãos competentes apreciem eventuais consequências patrimoniais decorrentes da violação à propriedade

40 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17/06/2005, Série C n. 125, § 225: "La Corte considera que es necesario que el Estado garantice el goce efectivo los derechos reconocidos en su Constitución Política y en su legislación, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado, en un plazo razonable, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.".

41 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/02/2003, Série C n. 98, § 167: "La Corte observa que el Estado, al haberse abstenido de adoptar por un largo período de tiempo el conjunto de medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a las sentencias de sus órganos judiciales y consecuentemente hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana (artículos 21 y 25), incumplió la obligación estipulada en el artículo 2 de dicho tratado".

42 ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑES POBLETE, Manuel. *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*: proyecciones regionales y nacionales. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2014. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3160>. Acesso em: 14/03/2024 e BARBOSA DELGADO, Francisco R. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 1089-1117.

privada, nos termos da legislação interna. Além disso, determinou que o Estado procedesse com a investigação pelo desacato das sentenças emitidas pelos tribunais peruanos e que não foram cumpridas pelos órgãos competentes[43].

Apresenta-se como segunda situação interessante o Caso "Instituto de Reeducação Juvenil" vs. Paraguai. Nesta hipótese, a omissão legislativa existente diz respeito ao Estado não ter um procedimento judicial específico para cuidar de assuntos relacionados aos menores em conflito com a lei[44].

Os representantes das vítimas alegam o descumprimento do artigo 2º da Convenção Americana sobre a justificativa de que: (i) a legislação interna não estabelece critérios especiais para a privação de liberdade do menor; (ii) há um padrão de abusos aos direitos dos menores que origina o dever do Estado de adotar as medidas adequadas para a sua proteção; e (iii) o Estado deve garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos[45].

No caso em apreço, a justificativa de apreensão está presente pelo fato de o Estado não ter uma jurisdição especializada para os menores infratores, tendo apenas um capítulo no Código de Processo Penal do Paraguai e um foro específico para tratar destas questões.

Nessa perspectiva, a Corte IDH estabeleceu os seguintes parâmetros[46] para o funcionamento desta jurisdição especializada: (i) a possibilidade de adotar medidas para tratar os menores sem recorrer a procedimentos judiciais[47]; (ii) em caso de necessidade

43 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/02/2003, Série C n. 98, § 187, pontos resolutivos n.(s) 5 e 6.

44 Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducação Juvenil" vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/09/2004, Série C n. 112, §§ 207-213.

45 Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducação Juvenil" vs. Paraguai. Ob. cit., § 207.

46 Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducação Juvenil" vs. Paraguai. Ob. cit., § 207.

47 Esta é uma exigência, inclusive, da Convenção Internacional de Proteção à Criança que, em seu artigo 40, estabelece:
"1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades

de instalação de processo judicial, que seja assegurado tratamento psicológico para o menor durante o procedimento, controle na forma de se colher o testemunho do menor, bem como a regulamentação da publicidade do processo; (iii) a disposição de margem para o exercício da discricionariedade nas diferentes etapas do procedimento judicial e nas distintas fases da administração da justiça[48]; e (iv) a preparação e a capacitação em matéria dos direitos humanos e em psicologia infantil para os agentes que cuidarão da administração da justiça. Estas medidas têm o intuito de evitar qualquer abuso da discricionariedade[49], bem como assegurar que as determinações de cada caso sejam consideradas idôneas e proporcionais[50].

---

fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.
(...)
3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:
a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;
b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais."

48 Este critério encontra-se disposto no item 6.1 das Regras de Beijing: "6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones." (ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores [Regras de Beijing], adotadas pela Assembléia Geral por meio da Resolução n. 40/33, de 28/11/1985).

49 Esta disposição está no item 6.3 das Regras de Beijing: "6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos." (ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores [Regras de Beijing], adotadas pela Assembléia Geral por meio da Resolução n. 40/33, de 28/11/1985).

50 O critério de proporcionalidade é observado pela Convenção Internacional de Proteção da Criança, em seu artigo 40, item 4: "Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir

Esses critérios procuram reconhecer o estado de vulnerabilidade dos menores ante os procedimentos judiciais, além do impacto psicológico experimentado pelo menor ao ser submetido a um juízo criminal. Nesse aspecto, a Corte IDH não encontrou na legislação paraguaia a disposição destes critérios. Por essa razão, a omissão legislativa do Paraguai ao não estabelecer um órgão jurisdicional especializado para os menores em conflito com a lei ofendeu os artigos 2º e 8º, item 1 (garantia judicial), ambos em cotejo com o artigo 19 (proteção dos menores) e 1º, item 1, todos da Convenção Americana[51].

Uma das determinações contidas no julgamento é a de que o Paraguai – em consulta com a sociedade civil – possa realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional. Além deste ato, o Estado deve apresentar declaração contendo a elaboração de uma política pública de curto, médio e longo prazo sobre o tema dos menores em conflito com a lei. Esta política deve ser adequada aos compromissos internacionais assumidos pelo Paraguai e deve contemplar estratégias e ações apropriadas para implementar os direitos humanos aos menores em conflito com a lei. Neste documento, deve estar incluído a separação dos menores dos presos comuns e condenados, além de medidas educativas e de apoio médico-psicológico no desenvolvimento do tratamento.[52]

Em virtude da diversidade de casos que a Corte IDH apresenta, é necessário se valer de terceiro exemplo sobre a abordagem metodológica da omissão legislativa. No Caso Claude Reyes e outros vs. Chile, a Corte utiliza-se do comando normativo do artigo 2º para apreciar omissão legislativa referente à tutela de acesso à informação. Não obstante o Estado chileno tenha adotado a proteção do acesso à informação em sua reforma constitucional, bem como ter colocado em discussão projeto sobre Lei de Acesso à Informação Pública – que

que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito".

51 Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducação Juvenil" vs. Paraguai. Ob. cit., §§ 212-213.

52 Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducação Juvenil" vs. Paraguai*. Ob. cit., § 340, ponto resolutivo n. 11.

conta com medida judicial específica para tratar do tema – a Corte IDH exige tratamento um pouco mais além.

O Tribunal Interamericano considera que o Chile deve adotar as medidas para assegurar a proteção ao direito de acesso à informação, dentro do qual deve conter procedimento administrativo adequado para tramitação e solução dos pedidos de informação. Esta solução deve contemplar a fixação de prazos para o exame e a entrega da informação pelos agentes do Estado responsáveis por seu fornecimento[53]. E, como ponto resolutivo da controvérsia, determinou ao Estado chileno suprir a omissão legislativa referente ao direito de acesso à informação, em um prazo razoável, consoante o estabelecido pelo artigo 2º da Convenção Americana[54].

O que há de comum nestes 3 casos assinalados é a omissão legislativa do Estado em regulamentar determinadas matérias. É importante destacar que a declaração de existência de omissão legislativa efetuada pela Corte IDH terá efeitos transcendentes mínimos para outros Estados no primeiro momento, pois além de os Estados verificarem situações diferenciadas de omissões em seus sistemas jurídicos, a ofensa à Convenção Americana pela ausência de legislação deve ser verificada caso a caso.

No entanto, este cenário de omissão legislativa pode ser modificado quando se trata de temas comuns aos Estados, como a questão relacionada ao desaparecimento forçado de pessoas[55].

No Caso Trujillo-Ozora vs. Bolívia, a Corte IDH considera como ofensa à Convenção Americana a ausência de definição do delito de desaparecimento forçado de pessoas. Ainda que o Estado tenha

53 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19/09/2006, Série C n. 151, §§ 100-102 e 161-163.

54 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Ob. cit., § 174, ponto resolutivo n. 7.

55 Consoante o Preâmbulo da Convenção sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, esta conduta "constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana", de modo que sua prática sistemática "constituye un crimen de lesa humanidad". Sobre o tema, conferir a posição crítica de MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 10, n. 4, p. 475-489, 2010.

proposto um projeto de regulamentação na matéria no âmbito do parlamento, a ausência de tipificação impediu o prosseguimento do processo criminal para investigar, julgar e punir eventuais delitos cometidos no caso concreto.

Por essa razão, a Corte IDH considerou que a reparação pela omissão legislativa apenas deve ser considerada completa quando a proposta legislativa tornar-se lei vigente, o que deve ocorrer em um prazo razoável, segundo o entendimento do Tribunal Interamericano[56].

O direcionamento metodológicos dos efeitos dos julgamentos da Corte IDH a outros Estados pela via do controle de convencionalidade pode ser realizado para além de temas comuns, como o caso dos julgamentos que contém recomendações, denominados de julgamentos "exortativos"[57].

2 JULGAMENTOS "EXORTATIVOS": OS "DIRECTS" PROMOVIDOS PELA CORTE IDH

Os julgamentos exortativos guardam seu conceito próximo ao direito constitucional. Estão presentes quando a corte constitucional formula recomendações ou diretrizes para o parlamento legislar sobre determinadas questões, com indicações, orientações e princípios a serem seguidos. Em algumas situações, ao invés de declarar a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, com pronúncia de nulidade, a corte constitucional declara apenas a sua incompatibilidade com a ordem constitucional vigente[58].

56 Corte IDH. *Caso Trujillo-Oroza vs. Bolivia*. Reparações e Custas. Sentença de 27/02/2002, Série C n. 92, §§ 96-98. Pelo entendimento da Corte, não em relação à matéria, mas em relação ao procedimento adotado no julgamento, referido caso serviu de inspiração para o Caso Claude-Reyes e outros vs. Chile, conforme acima explicitado.

57 Definição adotada por GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 52.

58 Em algumas cortes constitucionais, há a declaração de inconstitucionalidade sem a redução de texto, em que o Tribunal fixa os parâmetros interpretativos válidos, mas sem necessidade de modificação do texto pelo parlamento. Ver o padrão adotado pelo STF, por exemplo, em MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. cit., 2014 e TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando

Com esta ação, a corte constitucional recomenda ao parlamento que revogue parcialmente ou promova modificações no texto normativo para corrigir os problemas detectados e as discrepâncias com a constituição, em um prazo já determinado. Neste intervalo, o tribunal promove a suspensão do diploma legislativo em vigor[59].

Utilizando-se de critério similar e com fundamento no artigo 2º da Convenção Americana, a Corte IDH determina que norma jurídica dos Estados deva ser alterada em função de sua incompatibilidade com a Convenção Americana ou outro instrumento de proteção de direitos humanos no plano interamericano[60].

Em outros casos, a Corte IDH determina a adoção de modificações no plano normativo interno sem um prazo específico estipulado, ordenando apenas que seja alterada ou revogada a disposição interna em um prazo razoável[61]. Neste intervalo de tempo, diferentemente

---

as teses do "legislador negativo" e do ativismo de caráter jurisdicional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. México: UNAM, IMDPC e Marcial Pons, 2008, p. 825-846. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2555>. Acesso em: 28/03/2024.

59 GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 52.

60 Esta hipótese ocorreu com a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, cuja conduta a Corte IDH considera "un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos", de maneira que a Corte "debe examinar no sólo las posibles violaciones a la Convención Americana, sino también aquellas que pudieron producirse respecto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, puesto que esta Convención, entre otras cosas, establece modos de proteger los derechos humanos que se violan cuando se perpetra este tipo de situaciones" (Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/11/2005, Série C n. 136, §§ 92-94).

61 Como aconteceu em Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/02/2001. Série C n. 73, § 103, ponto resolutivo n. 4: "el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo', y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de

do procedimento adotado pelas cortes constitucionais, a disposição normativa mantém sua força jurídica no plano nacional, mas vulnera a responsabilidade internacional do Estado[62].

Desse modo, a obrigação contida no artigo 2º da Convenção Americana continua sendo violada enquanto a norma incompatível com a Convenção continua a fazer parte de seu sistema jurídico interno. Apenas haverá o cumprimento de referido dispositivo quando a norma jurídica interna for modificada, anulada ou reformada[63].

Nesse contexto, os juízes nacionais são capazes de se abster de aplicar a norma em um caso concreto, com o fim de evitar em incorrer na responsabilidade internacional do Estado[64]. De outro lado, a Corte IDH pode ordenar expressamente a não aplicação da norma interna ou até mesmo determinar a mudança da orientação jurisprudencial

---

la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto".

62 A discussão sobre responsabilidade internacional do Estado pode ser trabalhada inicialmente em ROHT-ARRIAZA, Naomi. State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law. *California Law Review*, p. 449-513, 1990.

63 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006. Série C n. 162, § 172: "El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación , la derogación, o de algún modo anulación , o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda."

64 GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 52, nota n. 262. Góngora Mera cita um caso interessante na cidade de Necochea, em uma das províncias da Argentina, logo após a condenação deste Estado no Caso Kimel: "Es así que, continuar el procesamiento de ciudadanos por la presunta infracción a los artículos 109 y 110 del Código Penal, en los términos en que los mismos actualmente se encuentran redactados, implicaría el juzgamiento sobre la base de tipos penales que han sido declarados anticonvencionales, y que el propio Estado argentino así lo ha reconocido, colocándolo en situación - en caso de seguir adelante con este juicio - de volver a ser condenado internacionalmente por los mismos motivos indicados en 'Kimel vs. Argentina'. (...) Corresponde en consecuencia declarar la anticonvencionalidad de los artículos 109 y 110 del Código Penal por resultar violatorios de los artículos 9 y 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobreseer al querellado por atipicidad del hecho." (ARGENTINA. Corte Correcional de Necochea. Caso V., Myriam Esther sem calúnias e injurias, apreciado em 26/09/2008).

da corte constitucional quando o comportamento judicial do tribunal nacional ofende a Convenção Americana[65].

A disposição normativa interna contrária à Convenção Americana pode se apresentar adequada ao texto constitucional do Estado. Há casos apreciados pela Corte IDH sobre este tema – como Caesar vs. Trinidad e Tobago[66] – em que o Tribunal Interamericano considerou a legislação de Trinidad e Tobago referente a castigos corporais como ofensiva à Convenção. Por essa razão, determinou ao Estado que adotasse medidas necessárias para revogar referido ato normativo[67].

---

65 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30/06/2009, Série C n. 197, §§ 192-193: "el Tribunal declaró que en este caso Venezuela no garantizó adecuadamente la independencia judicial, puesto que sus normas y prácticas internas (en especial su línea jurisprudencial) consideran que los jueces provisorios no cuentan con la garantía de inamovilidad. Consecuentemente, la Corte considera que como garantía de no repetición, el Estado deberá, en un plazo razonable, adecuar su legislación interna a la Convención Americana a través de la modificación de las normas y prácticas que consideran de libre remoción a los jueces provisorios."

66 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11/03/2005, Série C n. 123, §§ 92-94: "Las violaciones del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en perjuicio del señor Caesar, resultaron no sólo de las acciones y omisiones de los agentes estatales sino, primordialmente, de la existencia misma y de los términos de la Ley de Penas Corporales. La Corte ha declarado que dicha ley es incompatible con el artículo 5 de la Convención Americana. Una vez que la Convención entró en vigor para Trinidad y Tobago, el Estado debió haber adaptado su legislación de conformidad con las obligaciones contenidas en dicho tratado, con el fin de asegurar la más efectiva protección de los derechos humanos consagrados en la misma. Es necesario reafirmar que, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado y, consecuentemente, la denuncia de la Convención por parte del Estado no puede extinguir las obligaciones internacionales por éste asumidas mientras el tratado se encontraba en vigencia. Dichas obligaciones tienen un carácter autónomo y automático, y no dependen de ninguna declaración de los órganos de supervisión de la Convención respecto de una legislación interna específica. Al haber declarado la incompatibilidad de la Ley de Penas Corporales con la Convención Americana, y por el hecho de que el Estado no derogó o de cualquier manera anuló dicha ley después de la ratificación de la Convención, la Corte debe declarar que Trinidad y Tobago incumplió con las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención, en relación con el artículo 5.1 y 5.2 de la misma".

67 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 132: "Por haber declarado que la Ley de Penas Corporales es incompatible con los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención (supra párr. 73 y 94), la Corte requiere

Neste caso em específico, o desenvolvimento interpretativo da Corte IDH foi além. Caso ela mantivesse a disposição do texto constitucional de Trinidad e Tobago em sua Seção 6, esta parte da Constituição legitimaria a existência da referida legislação de castigos corporais[68]. Por essa razão, a Corte declarou a incompatibilidade desta parte do texto constitucional de Trinidad e Tobago com a Convenção, de modo a condenar o Estado a alterar a Seção 6 de sua Constituição dentro de um prazo razoável[69].

O impacto das recomendações da Corte IDH sobre os órgãos legislativos dos países pertencentes ao sistema convencional torna-se evidente se for levado em consideração a vinculação dos Estados às decisões da Corte IDH, mesmo quando não fizerem parte do julgamento. Isto ocorre tendo em vista que a mera existência de determinado tipo de legislação no âmbito nacional pode configurar violação à Convenção Americana e, por consequência, dar lugar à responsabilização internacional do Estado.

---

al Estado que adopte, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas o de otra índole necesarias para derogar la Ley de Penas Corporales.".

68 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 49.11: "La Sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago impide a los individuos la impugnación, en los términos de las Secciones 4 y 5 de la misma, de cualquier ley o estatuto ejecutados de conformidad con cualquier ley que estuviera en vigor en Trinidad y Tobago antes de 1976, año en que dicha Constitución entró en vigor".

69 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 133: "La Corte ha establecido que 'la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus Secciones 4 y 5 [...]. La Ley de Delitos contra la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales'. En el mismo sentido, al imposibilitar que la Ley de Penas Corporales sea impugnada, la 'cláusula de exclusión' contenida en la Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención. En consecuencia, la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la mencionada Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en cuanto imposibilite a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección violaciones de sus derechos humanos".

Nesse caso, como medida preventiva, a ação legislativa é levada em consideração quando as normas nacionais são flagrantemente incompatíveis com os tratados que compõem a proteção dos direitos humanos, de acordo com o posicionamento jurisprudencial da Corte IDH.

Por outro lado, isto não implica uma recepção acrítica dos padrões interpretativos desenvolvidos pela Corte IDH a nível nacional. As razões da incompatibilidade da norma perante o Estado demandado devem ser bem avaliadas, para o fim de verificar se esta incompatibilidade é encontrada no plano interno também. Com esta oportunidade, o parlamento pode avaliar a situação e modificar o texto legislativo, de maneira a adequá-lo às normas constitucionais e convencionais.

3 DECLARAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE COM O TEXTO DA CONVENÇÃO AMERICANA

A declaração de nulidade de uma norma jurídica é utilizada pelas cortes constitucionais como técnica de fiscalização abstrata de constitucionalidade de atos normativos em face do texto constitucional. Esta nulidade pode gerar efeitos *ex tunc* (desde a criação da norma), *ex nunc* (desde a declaração da nulidade da norma) ou *pro futurum* (data a ser fixada pela corte constitucional)[70].

Adaptada esta realidade aos julgamentos da Corte IDH, a hipótese mais usual em que há a declaração de nulidade pela incompatibilidade com o texto convencional é a dos casos de leis de auto-anistias. Em relação ao Peru, os casos Barrios Altos e La Cantuta tiveram como

70 A Lei n. 9.868/99 – que cuida do Processo Constitucional no Brasil – retrata bem as hipóteses de modulação da declaração de inconstitucionalidade em seu artigo 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

condenação a declaração de que as leis peruanas de autoanistias eram incompatíveis com o texto da Convenção desde o início (efeito *ex tunc*), de modo que não eram aplicáveis em qualquer caso.

A partir da implementação da doutrina do bloco de constitucionalidade, bem como com a reforma constitucional realizada, as sentenças da Corte IDH possuem caráter obrigatório e imediato no âmbito do sistema jurídico interno do Peru, de maneira que não foi necessário nenhum tribunal nacional declarar a nulidade das leis de auto-anistia[71].

Nesses casos, a Corte IDH realiza um controle abstrato de convencionalidade das normas nacionais, cujo impacto ultrapassa os efeitos jurídicos do caso concreto em análise, com forte repercussão indireta. A declaração de nulidade com efeitos *ex tunc* das disposições normativas de um Estado Parte pode afetar a aplicabilidade de normas similares em outros Estados Partes.

Os magistrados nacionais estão vinculados pelos julgamentos da Corte IDH. Neste aspecto, a aplicação de disposições normativas nacionais em contrariedade com a Convenção e com os julgamentos em que foram proferidas as nulidades poderá acarretar a responsabilidade internacional do Estado. Isto implica que o efeito da declaração de nulidade vai além do Estado demandado, de modo que o juiz nacional – ao exercer o controle difuso de convencionalidade – pode aplicar o conteúdo material do pronunciamento de nulidade.

Esta análise metodológica dos julgamentos da Corte IDH demonstra a evolução do controle de convencionalidade em sua modalidade abstrata. Esta modalidade, além de moldar os julgamentos da Corte IDH a proferirem estes modelos de sentenças, também é responsável por aperfeiçoar a construção dos direitos humanos, a partir da evolução dos julgamentos.

71 GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 54.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento ativo da Corte IDH permite que os julgamentos exortativos sirvam como norte para o avanço da criação de novas normas no acervo normativo do direito internacional.

A similaridade com que a Corte IDH se utiliza de instrumentos reconhecidos no plano dos Estados Nacionais permite afirmar a existência de um processo de constitucionalização do direito internacional. Este processo se origina da inspiração da Corte IDH em relação aos Estados Nacionais e a possibilidade de modificar o entendimento referente aos direitos humanos.

Logo, a construção dos direitos humanos é aperfeiçoada pela Corte IDH. A evolução de seus julgamentos permite o avanço em temas considerados como fundamentais pelo direito internacional. Esta evolução retrata, sobretudo, a conexão e a aproximação da relação do direito internacional com o direito interno.

Na minha opinião, a hipótese do presente artigo foi parcialmente infirmada. Há o desenvolvimento ativo da Corte IDH na expansão do Controle de Convencionalidade em seu perfil Abstrato, por meio de julgamentos exortativos em relação aos Estados. No entanto, a implementação das exortações pelas ordens jurídicas internas ainda depende de fatores sensíveis e que possuem diferentes repercussões de acordo com cada ordenamento jurídico interno. Não é diferente o caso brasileiro, por exemplo, que promove o implemento parcial das determinações da Corte IDH, mas quanto ao mérito da questão, esvazia o argumento de proteção dos direitos humanos em prol do direito interno.

Acredito que os julgamentos exortativos da Corte IDH necessitam ganhar maior relevo e destaque, sobretudo para sensibilizar – e quem sabe modificar – as desavenças interpretativas das ordens jurídicas nacionais. Contudo, para que os Estados possam modificar o seu entendimento, talvez a Corte IDH possa se utilizar de técnicas argumentativas menos agressivas e primar pela efetividade do argumento por ela utilizado, ainda que este argumento alcance

parte dos objetivos traçados. Parte dos objetivos não significa total desobediência à Corte IDH. Parte dos objetivos significa avanços significativos na implementação dos direitos humanos na ordem jurídica interna, o que ressoa bem e responde satisfatoriamente à exortação realizada.

REFERÊNCIAS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑES POBLETE, Manuel. El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2014. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3160>. Acesso em: 14/03/2024.

ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter- American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, n. 2, 2008.

ARGENTINA. Corte Correcional de Necochea. Caso V., Myriam Esther sem calúnias e injurias, apreciado em 26/09/2008.

BARBOSA DELGADO, Francisco R. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 1089-1117.

BERNARDI, Bruno Boti. Fighting Against Impunity: the Federal Prosecution Service and the Gomes Lund Case. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 60, n. 1, e. 015, p. 1-21, 2017.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela corte interamericana de direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 125-142, jan./jun. 2012.

Corte IDH. Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C, n. 154.

Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Peru. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75.

Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/02/2003, Série C n. 98.

Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducação Juvenil" vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/09/2004, Série C n. 112..

Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006. Série C n. 162.

Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/02/2001. Série C n. 73.

Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11/03/2005, Série C n. 123

Corte IDH. Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19/09/2006, Série C n. 151.

Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17/06/2005, Série C n. 125.

Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16/2/2017, Série C n. 333.

Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219.

Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17/10/2014.

Corte IDH. Caso Gómez Palomino vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/11/2005, Série C n. 136.

Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006. Série C n. 162.

Corte IDH. Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5/2/2017, Série C n. 346.

Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30/06/2009, Série C n. 197

Corte IDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20/10/2016, Série C n. 318.

Corte IDH. Caso Trujillo-Oroza vs. Bolivia. Reparações e Custas. Sentença de 27/02/2002, Série C n. 92.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04/07/2006, Série C n. 149.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.

FORERO-MANTILLA, Felipe. Conectividad: Alcances del Derecho a la Propiedad Aborigen y Tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. International Law, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 16, p. 177-212, jan./jul. 2010.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitucionalism*: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter- American Adjudication. San José, Costa Rica: IIDH, 2011.

GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo Compensatório como Discurso em matéria de Direitos Humanos*: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina. Tese de Doutorado, 535 f. Brasília: UniCEUB, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Complex Judicial Remedies in Environmental Litigation: The Argentine Experience. *Journal of Environmental Law*, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. *The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights*. International Criminal Law Review, v. 10, n. 4, p. 475-489, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.

ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores [Regras de Beijing], adotadas pela Assembléia Geral por meio da Resolução n. 40/33, de 28/11/1985.

ONU. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Texto aprovado pela Comissão de Direito Internacional em sua 53a sessão, em 2001, e apresentado à Assembleia Geral da ONU, aparecendo como anexo à Resolução da Assembleia Geral 56/83, de 12/12/2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 28/03/2024.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law. *California Law Review*, p. 449-513, 1990.

SCHEUNER, Ulrich. L'influence du droit interne sur la formation du droit international. *RCADI*, tomo 68, 1939, p. 95-206.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando as teses do "legislador negativo" e do ativismo de caráter jurisdicional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coord.). La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. I, *Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*. México: UNAM, IMDPC e Marcial Pons, 2008, p. 825-846. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2555>. Acesso em: 28/03/2024.

TRAMONTANA, Enzamaria. The Contribution of the Inter-American Human Rights Bodies to Envolving International Law on Indigenous Rights over Lands and Natural Resources. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 17, p. 241-263, 2010.

MULHERES SUPREMAS: A REPRESENTATIVIDADE DAS MULHERES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Anne Caroline Fernandes Alves[72]

Denise Pineli Chaveiro[73]

Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira[74]

Resumo: Este artigo analisa a baixa representatividade das mulheres no Supremo Tribunal Federal brasileiro, explorando o contexto normativo nacional. Busca-se debater a (des)igualdade de gênero no Brasil, questionando por que ainda não há uma política efetiva para promover a igualdade na escolha dos ministros do STF. Dividido em três seções, a primeira traça a trajetória das mulheres nomeadas para o STF, a segunda aborda dados e conceitos sobre a (des)igualdade de gênero no país, enquanto a terceira investiga a viabilidade de políticas igualitárias na escolha dos ministros. Conclui-se que a representatividade feminina no STF é inadequada para atender às demandas legais de igualdade de gênero. O método de abordagem é indutivo, com ênfase em análise documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Desigualdade de gênero; Representatividade feminina; Supremo Tribunal Federal; Políticas afirmativas de gênero; Justiça.

72 Mestra em História (PUCGO). Professora e coordenadora de extensão e responsabilidade social pela Escola de Direito Alfa Educação (UNIALFA-FADISP). E-mail: prof.annecarolinefernandes@gmail.com

73 Mestra em Direito Constitucional Econômico (UNIALFA). Professora no curso na Escola de Direito Alfa Educação (UNIALFA-FADISP). E-mail: denisepineli@gmail.com

74 Pós-doutorando em Educação (UFPE). Doutor em Direito (UFGRS). Professor e bolsista produtividade no Centro Universitário Estácio de Brasília. Professor e orientador de programa de iniciação científica no Centro Universitário UNIEURO, Brasília-DF. Advogado. E-mail: rodrigo004060@unieuro.com.br

INTRODUÇÃO

Investiga-se aqui a representatividade das mulheres no Supremo Tribunal Federal considerando a importância desta atuação no sentido de colaborar para que o patriarcalismo seja enfrentado e a equidade que expressa e qualifica as mulheres na Constituição de 1988, seja efetiva.

Pensar em acesso à justiça, em igualdade de direitos e, por conseguinte, igualdade de gênero[75] em instituições que representam o Poder Judiciário parece, num primeiro plano, uma lógica simples e direta. Entretanto, num país onde a população é majoritariamente feminina – 51,8% de acordo com o último censo do IBGE (2020) – em que a Ordem dos Advogados do Brasil aponta que o número de advogadas é maior que o de advogados, os cargos de maior escalão e de gestão continuam sendo ocupados, em larga escala, por homens. De acordo com o site da OAB Nacional acerca da inclusão e participação da mulher na advocacia "cerca de 634 mil mulheres exercem a profissão de advogada no Brasil. Outras 7,7 mil são estagiárias de direito. Nos empregos e nos estágios, elas são maioria: 50,4% e 53,2% do total, respectivamente" (OAB, 2022, n.p).

Quando esse olhar se detém sobre os Tribunais constitucionais, aos quais se reputa defensores dos direitos das minorias e promotores, inclusive, da igualdade de gênero, onde estão as mulheres? As instituições de poder em uma sociedade devem refleti-la. Partindo disso, como a composição do Supremo Tribunal Federal tem se mostrado quando somente três mulheres foram ministras? Não só foram poucas as mulheres, assim como raras as cotadas que disputaram o posto entre os homens.

Pensando nessa representatividade, ao se falar em democracia, é importante, ainda, levantar a questão de quem são as mulheres que

75 Por igualdade de gênero toma-se aqui a ideia de que homens e mulheres gozem das mesmas oportunidades, rendimentos, direitos, obrigações, tendo acesso à educação, oportunidades de emprego e carreira profissional, poder e influência. (IGUALDADE de género. Associação para o planejamento da família. Disponível em http://www.apf.pt/violencia-sexual-e-de-genero/igualdade-de-genero. Acesso em 16/09/2021).

representam essa parcela da população brasileira que, em um país patriarcal, conseguiram atingir o cargo de maior prestígio do Poder Judiciário. Há mulheres negras, maioria na composição da população brasileira? Nessa linha, Baldi (2019, n.p) bem comenta que:

> [...] hoje em dia, é cada vez mais comum, trabalhar colonialidade sem raça, destacar racismo sem nominar raça e, nestas mesmas circunstâncias, falar de gênero sem sexualidade. Como bem destacam as feministas negras- e aqui, poderia destacar Yuderkis e Ochy, as opressões são consubstanciais. Mas, do lado de cá- das ex-colônias-, como bem destaca Sueli Carneiro, raça informa gênero e, da mesma forma, classe.
>
> Daí a importância de pensar, a partir da experiência de nosso continente, como vem fazendo Yuderkis- "como chegamos a ser as feministas que somos?" -questionar como chegamos a ser os decoloniais que somos no Brasil, o país que apaga a presença da discussão da raça em nome da "democracia racial". Nos últimos anos, tem-se insistido, com novas epistemologias ou mesmo "teorias do sul", de forma similar, ao salientar a presença simultânea de capitalismo, colonialismo e patriarcado, o que acaba, paradoxalmente, em esquecer gênero e raça no mesmo momento de sua enunciação. Parafraseando Roberto Lyra Filho, que dizia que a teoria do direito citava as fontes materiais do direito para as esquecer no momento seguinte, é a capacidade de situar o problema apagando a sua densificação, ou seja, a transformação de teorias e discussões potentes em versões assépticas. Era a ironia "lyriana" de denominar nosso processo de "demogracinha". A presença é, na verdade, a enunciação da ausência, da impossibilidade de nominação de gênero e raça, contribuindo para uma versão de baixa intensidade de direitos humanos.

Não se pode pensar esta análise sem antes entender a categoria de análise histórica definida por Joan Scott (1995) como sendo a de gênero, possibilitando um olhar mais sensível à problemática em questão. Segundo a autora, a categoria gênero é uma categoria analítica que traz à tona a relação entre a experiência masculina e a experiência feminina, mas também "[...]da conexão entre a história passada e as práticas históricas presentes. [Ou seja], como o gênero funciona nas relações sociais humanas?". (SCOTT, 1995, p.74). É preciso deixar claro o significado do termo, pois sem isso, segundo ela, não há experiência. Assim:

> Minha definição de gênero tem duas partes e diversos subconjuntos, que estão interrelacionados, mas devem ser analiticamente diferenciados. O núcleo da definição repousa numa conexão integral entre duas proposições: (1) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder. As mudanças na organização das relações sociais correspondem sempre a mudanças nas representações do poder, mas a mudança não é unidirecional (SCOTT,1995, p. 86).

Ao definir gênero, a autora continua dizendo que este "[...] é uma forma primária de dar significado às relações de poder. Seria melhor dizer: o gênero é um campo primário no interior do qual, ou por meio do qual, o poder é articulado." (1995, p.88). É o conceito de gênero que diferenciará o social do biológico (homem – mulher). Assume-se, portanto, uma dimensão mais cultural que biológica, o termo gênero.

A indicação para o cargo de Ministra do Supremo é, segundo a Constituição Federal, de prerrogativa do (a) presidente (a) da República que escolhe dentre cidadãos (ãs) com mais de 35 e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Portanto, há aqui uma relação política a ser estabelecida e não uma questão de categoria profissional. Assim, essas relações políticas também devem

considerar o fato de que, num país cuja a população é composta por mais de 50% de mulheres, (51,8% são mulheres e 48,2% são homens) e cujo parlamento tem a minoria das cadeiras ocupadas por elas, a desigualdade de gênero , e portanto, as relações de poder, estão postas tanto no poder legislativo, quanto no poder judiciário.

> De acordo com o Mapa das Mulheres na Política 2019 – relatório publicado pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela União Interparlamentar (UIP) –, o Brasil ocupa a 134ª posição, dentre 193 nações, no ranking de representatividade feminina no Parlamento – colocação pior do que países como Etiópia (24ª), Iraque (68ª) e Arábia Saudita (109ª). As primeiras posições no ranking ficam com Ruanda (1º), Cuba (2º) e Bolívia (3º).
>
> Dos 81 senadores eleitos em 2018 no Brasil, apenas 12 são mulheres. Na Câmara, as mulheres ocupam somente 77 das 513 cadeiras, e das 25 comissões permanentes da Casa, apenas 4, ou seja, 16% foram presididas por mulheres ao longo de 2019.
>
> No ranking de representatividade feminina no governo, a situação é ainda mais preocupante. O Brasil ocupa a posição 149 em um total de 188 países, tendo apenas duas mulheres entre os 22 ministros na gestão atual, um percentual de 9% contra uma média global de 20,7%.
>
> A representação majoritariamente masculina no Congresso (85%) pode ser compreendida como um retrato da distância que as mulheres ainda encontram nos espaços de poder de modo geral. (INTELIGOV, 2019, n.p)

Também se faz necessário pensar as mulheres na perspectiva apresentada por Michelle Perrot (2017, p.177), para quem a representação de poder das mulheres é "[...] imenso tema de investigação histórica e antropológica.", e cujas relações se dão, *a priori*,

no jogo das palavras, assumindo, inclusive, conotação política. Pensar as mulheres, no Supremo Tribunal Federal, e suas atuações políticas, como nos ensina Perrot, exige uma análise que incorre num "jogo de poder", onde "As mulheres e a política: é ainda um vasto campo de reflexão para nossos esforços conjuntos." (PERROT, 2017, p.182). Margareth Rago (2006), em "As mulheres e suas artes de fazer política", afirma que mulheres de várias etnias e gerações têm transformado a política e suas instituições.

> Avançando meus argumentos, creio que um novo olhar pode perceber a forte e crescente atuação política das mulheres, já que estas subvertem a ordem dominante – isto é, masculina - do mundo, inovando em várias frentes de atuação. A título de ilustração, vale lembrar como as feministas desfizeram as antigas fronteiras que demarcavam o público e o privado, alargando o próprio conceito de democracia, inclusive no campo político institucional, ao incluírem na agenda pública reivindicações específicas das mulheres. Os direitos reprodutivos, a descriminalização do aborto, as denúncias contra a violência doméstica, as reivindicações de mudanças no Código Penal fazem parte de um amplo leque de temas antes considerados tabus, mas que afetam diretamente a própria vida das mulheres. (RAGO, 2006, p. 3-4)

Pensando nessas mulheres, é importante, ainda, salientar as discussões decoloniais, como as propostas por Bardin (2019), considerando que essa participação das mulheres não tem sido de todas elas, mas apenas das que representam uma classe específica das mulheres brasileiras. Ademais, há estudos elaborados por Gomes; Nogueira, Arguelhes e Werneck (2018), que sopesam os entraves para a atuação das mulheres no Supremo Tribunal Federal.

Para trabalhar a ideia de que a representação de mulheres nos espaços de poder jurídico é importante para desmantelar o patriarcado, o qual define-se como o regime da dominação-exploração das mulheres pelos homens, conforme argumenta Saffioti (1995), para quem essa estrutura não se finda no âmbito familiar, mas o extrapola , consumindo toda a sociedade.

Desta feita, no Supremo Tribunal Federal do Brasil, das ministras ocupantes dos cargos, nenhuma mulher preta. Dentre elas, todas mulheres cisgênero, todas brancas, todas de classe média alta. Como não pensar onde estão as mulheres negras? Onde estão as mulheres trans? Onde estão as mulheres indígenas? Qual a contribuição dos votos dessas mulheres para a garantia dos direitos das mulheres brasileiras? Essa representatividade se coloca como essencial quando falamos de questões importantes como a garantia de direitos fundamentais, de direitos humanos, de preservação da vida de mulheres diversas e plurais de uma sociedade tão miscigenada como a do Brasil.

Assim, é importante pensar, inicialmente, a trajetória das mulheres indicadas e nomeadas para ocupar a função de Ministras do Supremo Tribunal Federal até o ano de 2023, com o fito de pensar suas habilidades, assim como, para registrar que o número de mulheres que ocuparam a função de Ministras do Supremo Tribunal Federal brasileiro não reflete a diversidade da população brasileira e menos ainda é proporcional em representação numérica.

Nessa seara, é imprescindível conhecer os conceitos básicos e os dados acerca das (des)igualdades de gênero no Brasil, com o objetivo de destacar os principais obstáculos sociais impostos às mulheres, o que será realizado na segunda seção.

A terceira seção, por seu turno, descreve o quadro normativo brasileiro no que diz respeito à integração das mulheres nos espaços políticos com a finalidade de evidenciar a sua não aplicação ao processo de escolha de pessoas para ocuparem a função de Ministras do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Ao final, serão apresentadas as conclusões da pesquisa, para reconhecer que o Estado brasileiro, no ano de 2023, ainda não

consegue aplicar as normas vigentes para promover a integração de mulheres na Suprema Corte Constitucional.

O método de abordagem científica empregado é o indutivo, organizado pelo viés das técnicas de pesquisa da análise bibliográfica e documental.

2. MULHERES SUPREMAS, A TRAJETÓRIA ATÉ O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Considerando a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD, 2022), população brasileira é composta por 48,9% de homens e 51,1% de mulheres. Maciel (1997), ao falar sobre a igualdade entre os sexos na Constituição de 1988, chama a atenção para o fato de que

> "Art. 5° 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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; "
> Tais dispositivos, assim como o contido no § 5° do art. 226 ("os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher"), não deixam dúvidas quanto à importância que a Constituição confere ao princípio da igualdade, tão ampla quanto possível, entre homens e mulheres (MACIEL,1997,p.1)

A autora segue seu raciocínio chamando a atenção para a real desigualdade de gênero das sociedades ocidentais e para o quanto "o espírito da carta constitucional" ainda segue contrariado no país.

Pensar a representatividade das mulheres nos espaços públicos constitui fator importante para pensar mecanismos de igualdade

e equidade em uma sociedade cujo governo se propõe democrático e, ainda que sua proposta esteja em construção, analisar esses mecanismos passa pelo caminho de garantir o cumprimento do texto constitucional.

Assim, desde sua fundação em 28 de fevereiro de 1891, o Supremo Tribunal de Justiça do Brasil, perpassando a guarda de seis constituições da nação, acolheu como Ministras as mulheres Ellen Gracie Northfleet, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Rosa Maria Pires Weber. São mais de 130 anos de história do Supremo Tribunal Federal e 35 anos da Constituição Cidadã que efetivou a igualdade entre homens e mulheres no Brasil.

Vejamos a trajetória dessas mulheres que inauguram a história de representatividade na Suprema Corte.

MINISTRA ELLEN GRACIE NORTHFLEET

A primeira delas a assumir como Ministra, foi a carioca Ellen Gracie Northfleet, no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, no ano 2000. Conforme Lago (2001), Ellen Gracie foi nomeada por decreto assumindo a vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Luiz Octavio Pires e Albuquerque Gallotti. A Ministra entra para a história como a primeira mulher a ocupar o cargo desde a fundação da Suprema Corte. Abaixo, as palavras do Ministro José Celso de Melo Filho:

> O ato de escolha de Ellen Gracie para o STF — além de expressar a celebração de um novo tempo — teve o significado de verdadeiro rito de passagem, pois inaugurou, de modo positivo, na história Judiciária do Brasil, uma clara e irreversível transição para um modelo social que repudia a discriminação de gênero, ao mesmo tempo em que consagra a prática afirmativa e republicana de igualdade (MELO FILHO, 2004, p.22)

Filha única, em sua trajetória, Ellen Gracie cursou Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde também fez especialização em Antropologia Social. Sua carreira acadêmica foi bastante exitosa, contando com bolsa de estudos pela Fundação Fulbright, nos Estados Unidos, e cursou *Complex Organizational Theories in Court Systems and Legal Organizations e Court Management Practice*s. Também foi jurista em Residência junto à *Law Library of Congress* dos EUA.

Ao retornar para o Brasil, foi aprovada em concurso público para o Departamento de Direito Privado e Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e, posteriormente, no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS, na disciplina de Direito Constitucional. Foi advogada liberal, conselheira seccional da OAB/RS. Depois disso, ingressou no serviço público ao ser nomeada para o cargo em comissão de Assistente Técnico, junto ao Gabinete do Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Em sua caminhada, foi Procuradora da República, compôs o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, integrou o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, biênio 1990-1992 e seguiu pavimentando seu caminho ao participar de comissões, racionalizando e ampliando os serviços por onde passava. Ao término da gestão, passou a presidir a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ,antes de se tornar Ministra do Supremo.

Em 2006, tornou-se presidente do Supremo Tribunal Federal, após a aposentadoria do Ministro Nelson Jobim, perfazendo mais um marco em sua caminhada, inaugurando o posto de primeira mulher Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Sobre seu olhar para as questões de gênero, publicou o artigo "A questão feminina vista pelo prisma dos Direitos Humanos", na Revista do TFR 38; também participou *no Entrenamiento de Entrenadores, como parte do projeto de capacitação judicial Hacia una Jurisprudencia de Igualdad: Mujeres, Jueces/zas y Derechos Humanos, sob os auspícios da Fundación Internacional de Mujeres Juezas y Ia Asociación de Mujeres*

*Jueces de Argentina;*Recebeu Outorga da distinção Mérito ABMCJ-RS 92, pela relevante atuação na área jurídica, concedida pela Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica – Seção/RS.

Conhecida pelo rigor e seriedade em seu trabalho, em seu primeiro ano de atuação no STF, teve voto de extrema importância para que "Corte mudasse seu entendimento em relação à tipificação do crime de estupro simples e a equiparação do mesmo com o crime de atentado violento ao pudor." (CONJUR, 2011, n.p). A importância dessa alteração fica evidente a seguir:

> A nova jurisprudência ficou consolidada pelo julgamento do Habeas Corpus 81.288, quando foi negada a redução de pena a um pai condenado por manter relações com filhas menores de idade durante um período prolongado. Até então, a interpretação do Supremo para a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) era a de que só se aplicava essa classificação ao estupro qualificado, ou seja, aquele do qual resultem lesões corporais graves ou morte. (CONJUR, 2011, n.p)

Sempre muito discreta, com atuação rigorosa, a Ministra Ellen Gracie Northfleet se aposentou em agosto de 2011, sem muito alarde.

MINISTRA ROSA MARIA PIRES WEBER

"Com uma carreira pontuada por discrição, gentileza e consistência, ministra Rosa Weber sai do STF maior do que entrou". São essas as palavras da jornalista Ana Pompeu(2023, n.p), profissional com vasta experiência em acompanhar a rotina do Supremo Tribunal Federal.

Rosa Maria Pires Weber formou-se em direito também pela Universidade Federal do RIo Grande do Sul e foi Professora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio

Grande do Sul - PUC/RS, no Curso de Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, nas disciplinas Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Na carreira jurídica, ela iniciou como juíza do Trabalho substituta (1976 a 1981), sendo promovida pelo critério do merecimento, ao cargo de Juíza do Trabalho Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento (correspondente a Juiz titular de Vara do Trabalho – EC 24/1999), em fevereiro de 1981.Trilhou uma carreira como juíza do trabalho na região sul do país, foi corregedora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, de 13.12.1999 a 16.12.2001, presidente deste mesmo Tribunal de 2001 a 2003.

Em 9 de dezembro de 2011, Rosa Weber se tornou Ministra do Supremo Tribunal Federal, tornando-se a terceira mulher a ocupar uma cadeira na Suprema Corte, indicação decorrente da aposentadoria da Ministra Ellen Gracie. Foi indicada ainda no governo Lula e nomeada pela então presidenta Dilma Rousseff.

Em relação às questões de gênero, a Ministra teve grande protagonismo na destinação de verbas para as mulheres em 2018. Pompeu (2022) afirma que nessa decisão, foi unânime o entendimento de que, "em caso de maior número de mulheres candidatas, a divisão dos recursos e do tempo de propaganda deve ser proporcional."

> "A participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado", disse Weber na ocasião. Ela afirmou que a mudança do cenário de subrepresentação feminina passa não apenas pela observância dos percentuais mínimos de candidatura por gênero legalmente previstos, mas, sobretudo, pela imposição de mecanismos que garantam efetividade a essa norma. "Seguramente, não há outro caminho para a correção da histórica disparidade entre as representações feminina e masculina no Parlamento", disse a relatora. (POMPEU, 2022, n.p)

Em sua última semana como presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Ministra protagonizou a instituição de ações

afirmativas para aumentar a quantidade de desembargadoras no Judiciário. Medida importante considerando que, embora sejam a maioria no Judiciário, as mulheres são minoria nos cargos de alta gestão. Em evento de comemoração do dia das mulheres, em março de 2023, a Ministra Rosa Weber afirmou que

> "O déficit de representatividade feminina significa um déficit para a própria democracia brasileira", disse Rosa Weber. "É imperativo que nos desafia a todos, homens e mulheres, partidos políticos, sociedade civil e instituições de Estado", afirmou. (PONTES, 2023, sp).

A fala da Ministra demonstra uma preocupação e um interesse em provocar discussões em torno de mecanismos que proporcionem a representatividade das mulheres, ainda que de forma desafiadora.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

Carmen Lúcia é mineira e se formou em direito pela PUC de Minas Gerais em 1977, fazendo o mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Em sabatina no Senado Federal, tendo sido aprovada por unanimidade e empossada em 21 de junho de 2006 como Ministra do Supremo Tribunal Federal. Foi a segunda mulher a ocupar uma vaga no tribunal, nomeada pelo então presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Antes da posse, foi Procuradora do estado de Minas Gerais. Ocupou a vaga aberta com a aposentadoria do Ministro Nelson Jobim. Dona de um jeito seu, a Ministra lida com a coisa pública a seu modo. Trabalha com carro particular que ela mesma dirige, também ficou conhecida por devolver diárias de viagens oficiais que fez.

Adepta das audiências virtuais, enquanto juíza, a Ministra defendia a economia do processo para as partes. Além disso, no

comando do TSE, foi a primeira mulher a presidir um processo eleitoral no Brasil e relatou ser vítima do machismo.

> "Temos uma sociedade machista e há um preconceito enorme contra mulheres", disse neste ano. "Podem não falar, mas o preconceito passa pelo olhar, pelo gesto, pela brincadeira, pela desmoralização, pela piada", acrescentou. As mulheres, diz a ministra Cármen Lúcia, precisam trabalhar mais que os homens para chegar ao mesmo patamar na carreira. Isso, afirma, aprendeu quando era criança.
> "Quando eu era menina, questionava minha mãe porque estudava muito mais e meu irmão sempre recebia mais medalhas. Ela dizia: não reclama porque você é mulher e ainda é de uma geração que vai ter que trabalhar duas vezes pra chegar ao mesmo lugar. Estou com 60 anos e tenho que trabalhar duas vezes pra chegar ao mesmo lugar dos homens. Mas eu não reclamo porque eu quero que, quem vier depois de mim, tenha certeza de que trabalhei sim e com muito gosto porque sou de um país em que posso escolher a minha profissão, e tive a oportunidade de ser juíza constitucional porque trabalho com todo gosto", argumentou. (JUSBRASIL, 2009, n.p).

Ousada, Carmen Lúcia foi a primeira mulher a entrar de calças no STF em 2007, rompendo uma tradição bastante conservadora seguida mesmo depois da liberação para que mulheres pudessem usar calças no plenário da casa em maio de 2000.

Em uma palestra na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, Cármen Lúcia falou sobre desigualdade de gênero no Dia Internacional da Mulher em março de 2022. O tema de sua fala, "A desigualdade de gênero e o caminho para a sua superação", instigou reflexões acerca do cumprimento do artigo 5º da Constituição Federal (ANDRADE, 2022), "A Constituição estabeleceu a democracia, seus princípios e os objetivos da República. Construir uma sociedade

livre, justa e igualitária. O princípio da igualdade estampado na Constituição ainda não ocorreu", disse a Ministra ao mencionar o cenário brasileiro atual.

Ao observar rapidamente as trajetórias dessas três mulheres, é possível perceber uma evolução quanto à representatividade e, mais ainda, quanto à discussão da necessidade de que mulheres ocupem esse espaço de poder no Judiciário. Elas não só romperam paradigmas ao entrar na Suprema Corte como colocaram em pauta questões importantes, inclusive como a necessidade de representação das mulheres.

Nota-se que todas elas são mulheres brancas, de classe média a classe média alta, cujas trajetórias permitiram espaços de relacionamentos políticos importantes para que chegassem a seus postos para além de todo o exemplar currículo acadêmico e formação jurídica notória que cada uma delas trilhou. Mas também é evidente o quanto esse espaço público ocupado exige que seus corpos, politicamente, sejam vigiados e suas falas estrategicamente colocadas.

A ocupação do cargo de Ministras do Supremo Tribunal Federal por essas três mulheres nos 130 anos de existência institucional é um marco a ser comemorado e sua representatividade é um estímulo para que outras mulheres possam visualizar e almejar a possibilidade. A própria Ministra Cármen Lúcia, no Seminário Mais Mulheres na Política, no Senado Federal, fez uma fala onde reconheceu a ausência das mulheres no Judiciário e que, ao pensar na diversidade dessas mulheres, o problema é ainda mais grave.

> A ministra lembrou que além do Executivo e do Legislativo, no Judiciário também há poucos espaços ocupados por mulheres. De acordo com ela, nos quadros da magistratura menos de 40% são mulheres, e a porcentagem cai para sete quando se trata de mulheres negras. "O que significa dizer que nosso descompasso histórico é enorme. A maioria da população brasileira é negra. Temos a Constituição que garante igualdade, no entanto não temos a

> efetividade igual de direitos", detalhou (FURTADO, 2022, n.p).

A desigualdade de gênero é um problema que afeta países por todo o mundo, pensar mecanismos que promovam a equidade e a eliminação dessa problemática é necessário.

3. (DES)IGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL

Em *La nacion heterossexual,* Oxy Curiel discute acerca de como as nações se organizam de modo a excluir determinados corpos dos espaços democráticos e afirma:

> He mostrado los límites de los pactos sociales y políticos que se dan en la democracia como sistema de organización social. Tanto en el Estado liberal como en el Estado multicultural, los pactos sociales son, finalmente, producto de las hegemonías, de alianzas y negociaciones que son impulsadas por las élites políticas y sociales, pero que cuentan con el agenciamiento de grupos subalternizados, como lo fueron las mujeres y feministas, los grupos indígenas y afrodescendientes en la medida en que estas negociaciones les permitían demandar la igualdad que, como principio, ha sostenido el estado liberal. No obstante, aunque el discurso jurídico-político exprese este principio y la unidad en la diversidad de la nación, cuando se analiza cómo se expresa el régimen heterosexual, vemos cómo desde éste se prescribe, se niegan derechos mínimos, cómo se definen lugares y no lugares para las mujeres[...] (CURIEL, 2013, p. 174).

Essas alianças que determinam os lugares dos corpos também se expressa, por muito, no judiciário brasileiro e é histórica. Veja-se o

caso de Myrthes Gomes. O pronunciamento da Comissão de Justiça, Legislação e Jurisprudência do Instituto dos Advogados no Brasil, ao decidir-se favorável que a primeira mulher bacharela em Direito pudesse advogar no Brasil pode ser vista com pioneirismo, mas impossível não se destacar o reforço do papel da mulher no privado:

> [...] em 6 de julho de 1899, a Comissão de Justiça, Legislação e Jurisprudência pronunciou-se a seu favor, considerando que: "[...] não se pode sustentar, contudo, que o casamento e a maternidade constituam a única aspiração da mulher ou que só os cuidados domésticos devem absorver-lhe toda atividade; [...] **Não é a lei, é a natureza, que a faz mãe de família**; [...] a liberdade de profissão é como a igualdade civil da qual promana, um princípio constitucional; [...] nos termos do texto do art. 72, § 22 da Constituição o livre exercício de qualquer profissão deve ser entendido no sentido de não constituir nenhuma delas monopólio ou privilégio, e sim carreira livre, acessível a todos, e só dependente de condições necessárias ditadas no interesse da sociedade e por dignidade da própria profissão; [...] não há lei que proíba a mulher de exercer a advocacia e que, importando essa proibição em uma causa de incapacidade, deve ser declarada por lei [...]." (Revista IOAB, 6 jul. 1899). (TJRJ, on-line. Grifo nosso)

As dificuldades para mitigar as desigualdades de gênero na categoria do Judiciário são conhecidas. A Ordem dos Advogados no Brasil chegou a criar uma Comissão Especial da Mulher Advogada, em 2013, frente à evidente disparidade entre serem o maior número de advogadas inscritas na ordem e, entretanto, ocuparem o menor número de cargos de gestão e de comando. Em 2018, o Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução n° 225/18, instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário e criou um grupo de trabalho para elaborar estudo,

análise de cenários, eventos de capacitação e diálogo com os Tribunais sobre o cumprimento desta Resolução. As informações levantadas, a princípio, demonstram que

> O Departamento de Pesquisas Judiciárias promoveu o Censo do Poder Judiciário no ano de 2014 e publicou o Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros no ano de 2018. A partir dos dados coletados nessas pesquisas foi possível determinar o percentual geral de ocupação dos cargos da magistratura e dos cargos de servidores. O Censo do Poder Judiciário identificou que 35,9% dos magistrados e 56,2% dos servidores eram mulheres. Além disso, as referidas pesquisas identificaram que quanto maior o nível da carreira na Magistratura, menor era a participação feminina, sendo ela representada por 44% dos juízes substitutos, 39% dos juízes titulares, 23% dos desembargadores e apenas 16% dos ministros de tribunais superiores (CNJ, 2019, p.5).

Desde a promulgação da Carta Magna, somente três mulheres assumiram cadeiras no STF e, quando lá chegaram, nesse espaço privilegiado de aplicação do direito, passaram a enfrentar um ambiente hostil e masculinizado, cujas falas são, por vezes interrompidas e mais questionadas que a de qualquer outro magistrado, como diversos estudos já demonstraram (FRAGALE FILHO, *et. al,* 2015). Observar brevemente a trajetória das ministras já permite compreender a necessidade do olhar representativo do qual dependem as mulheres brasileiras no poder judiciário.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apresentou dados referentes a essa desigualdade em 2019, os quais demonstram que as mulheres receberam 77,7% do rendimento dos homens. Enquanto o rendimento médio mensal dos homens era de R$2.555, o das mulheres era de R$1.985. Quando o olhar é direcionado para grupos ocupacionais de maior rendimento, entre diretores e

gerentes, profissionais das ciências intelectuais, por exemplo, as mulheres receberam, respectivamente, 61,9% e 63,6% do rendimento dos homens. (AGÊNCIA IBGE, 2021)

O patriarcado é um regime que, segundo Saffioti (1995), tem pouco mais de 2.600 anos, enquanto a existência humana data de mais de 250 mil anos. Esse regime, presente em toda a sociedade, ainda é pujante e consiste em subjugar as mulheres aos homens, constituindo-se uma forma de expressão do poder político.

Superando um marco histórico no campo das profissões jurídicas, as mulheres advogadas são a maioria, entretanto, nos cargos de gestão, elas continuam sendo minoria. Basta olhar para o Supremo Tribunal Federal e constatar que, dentre todos os ministros nomeados ao longo de sua história, somente três foram mulheres.

Ainda que elas tenham chegado ao ponto mais alto do poder judiciário, é preciso pensar em quem são as mulheres que elas representam e se elas as representam, pois a elas cabe o papel de reverberar às milhares de brasileiras que são pretas, indígenas, homossexuais, transexuais, pobres, ricas, livres ou encarceradas, moradoras do campo ou da cidade, ou ainda das ruas. As decisões que nessa casa são tomadas impactam diretamente a garantia dos direitos constitucionais de todas essas mulheres.

4. QUADRO NORMATIVO BRASILEIRO ACERCA DA PROTEÇÃO E INTEGRAÇÃO DAS MULHERES NOS ESPAÇOS POLÍTICOS

Como decorrência da marcante desigualdade de gênero percebida na contemporaneidade, o Brasil tem recentemente ampliado as discussões em torno do assunto e adotado diversos diplomas normativos cuja finalidade é promover equidade, assim como, proteger as mulheres em situação de vulnerabilidade. A presente seção almeja identificar as principais normas desenhadas

para a proteção e integração das mulheres nos espaços políticos, sociais e laborais.

Faz-se sucinta análise do quadro normativo brasileiro vigente relativo às normas que almejam ampliar a participação política das mulheres, considerando-se que os espaços decisórios são o mais importante fórum de debate, deliberação e promoção de políticas públicas. O texto legal mais antigo que busca incrementar a participação das mulheres nos espaços políticos é a Lei nº 9.504/1977, a qual, em seu artigo 10, § 3º (na redação conferida pela Lei nº 12.034/2009), preconiza:

> Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 100% (cem por cento) do número de lugares a preencher mais 1 (um).
> [...]
> § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (BRASIL, 2009).

Registre-se, por oportuno, que apesar de mencionar "sexo" na última parte do § 3º, a lei pretende fazer referência ao gênero[76] e não ao sexo biológico. Revela-se importante mencionar destaque no quesito, pois, conforme visto na seção 2 do presente artigo, as vulnerabilidades sociais das mulheres no Brasil perpassam muito mais pelo aspecto social das desigualdades de gênero, conforme ja mencionado.

Como visto, diante do desequilíbrio no número de candidaturas de homens e mulheres, desequilíbrio este em favor do maior número de candidaturas masculinas, fez-se necessário a criação de dispositivo

76 O Tribunal Superior Eleitoral afirma, categoricamente, a menção ao gênero e não ao sexo biológico, conforme Acórdão TSE, de 1º de março de 2018, na Consulta nº 060405458.

normativo que impõe um quantitativo mínimo de candidaturas femininas nos pleitos eleitorais. Por ser uma política afirmativa de gênero, que garante cota para mulheres disputarem os pleitos eleitorais, quando forem constatadas irregularidades ou fraudes como, por exemplo, a criação de candidaturas "fantasmas" ou "laranjas" apenas com a finalidade de garantir o aparente cumprimento da lei, é possível ao Poder Judiciário eleitoral cassar os mandatos de pessoas eleitas por partidos que fraudaram o sistema de cotas.

Com objetivo semelhante (ampliar a participação de mulheres nos espaços políticos), veja-se o disposto no art. 2º, da emenda Constitucional nº 111, de setembro de 2021:Art. 2º Para fins de distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), os votos dados a candidatas mulheres ou a candidatos negros para a Câmara dos Deputados nas eleições realizadas de 2022 a 2030 serão contados em dobro" (BRASIL, 2021).

A emenda proposta à Constituição Federal determina a contagem em dobro dos votos dados às mulheres (e também às pessoas negras), com vistas à distribuição dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha. Essa medida tem o condão de ampliar o interesse das agremiações partidárias em ofertar candidaturas de mulheres (e de pessoas negras), pois, se assim o fizerem, terão acesso a uma parcela maior dos recursos financeiros disponíveis.

Desse modo, é perceptível a tentativa de organizar um sistema normativo cujo resultado seja o incremento da participação feminina nos pleitos eleitorais para os mandatos do Poder Legislativo. Afirma-se aqui que o alcance da efetiva participação equânime de mulheres e homens nos espaços deliberativos das políticas públicas e da construção das leis, viabiliza a qualificação do debate político, ao mesmo tempo em que dificulta a criação de normas contrárias à perspectiva da igualdade de gênero. Um parlamento composto por maioria de homens pode ceder à tendência de favorecer aos ditames do patriarcado arraigado na sociedade brasileira.

A contento, no judiciário vale mencionar a RESOLUÇÃO 106/2010, editada durante a presidência da Ministra Rosa Weber, a qual prevê a necessidade de aperfeiçoamento em função da desproporção de gênero. A política prevê a equidade na magistratura brasileira ao promover alternância de gênero no preenchimento de vagas para a segunda instância do Judiciário. Para a relatora do projeto, conselheira Salise Sanchotene,

> Os homens ocupam cerca de 75% das vagas dessas cortes e continuariam com amplas possibilidades de se tornarem desembargadores, pois o acesso ao 2.º grau continuaria aberto, só que de forma alternada por gênero. Da perspectiva do interesse público e da democracia, nada se perderia com a política de ação afirmativa. Afinal, é a ausência de mulheres nos tribunais – e não de desembargadores do sexo masculino – que compromete interesses sociais relevantes e a legitimidade democrática das cortes (BANDEIRA, 2023, n.p).

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro demonstra tendência recente à produção de leis cuja finalidade é ampliar a participação feminina nos espaços de deliberação política e debate público. No mesmo sentido, percebe-se a criação de normas que almejam diminuir as vulnerabilidades sociais das mulheres nas ocasiões de uso dos espaços sociais coletivos, como, por exemplo, promover a segurança durante o uso do transporte público. Há, também, normas que pretendem viabilizar o acesso ao mundo do trabalho, ao mesmo tempo em que criam anteparos contra os abusos patronais.

A presença de mulheres no Supremo Tribunal Federal ja tem demonstrado que, no que tange à desigualdade de gênero no judiciário, políticas afirmativas ja tem sido pensadas e discutidas, ainda que timidamente. A representatividade do gênero possibilita visibilidades dantes não problematizadas pela lógica hegemônica do sistema.

Contudo, apesar de se reconhecer a relevância social da criação e garantia da eficácia das referidas normas, é imperioso concluir que a existência de um quadro normativo protetivo específico para as mulheres não deixa de ser gritante evidência da desigualdade e das violências perpetradas, no Brasil, contra estas últimas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, a pesquisa empreendeu análise da composição do espaço político de poder que é a maior instância do poder judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, observando a atuação exclusiva das mulheres que representaram uma sociedade cuja maioria é composta por elas. Como resultado, descobriu-se que há desigualdade nas relações de gênero e poder, construídas por uma trajetória institucional. Neste sentido, a primeira conclusão do presente estudo é que as mulheres que chegaram ao cargo de ministras do Supremo Tribunal Federal não representam a maioria das mulheres brasileiras, mas uma parcela branca, cis, conservadora e de classe mais elevada.

Em segundo lugar, conclui-se pela importância de promover a representatividade das mulheres na cúpula do poder judiciário (e em todos os espaços sociais, políticos e laborais), de modo a fortalecer os direitos das mulheres e reforçar a equidade de gênero, prevista na Constituição de 1988. Frise-se: tal mudança de postura irá contribuir para o enfraquecimento da cultura patriarcal brasileira, cultura esta que diminui o valor social das mulheres, em função dos estereótipos e das violências baseadas no gênero.

Descobriu-se também que não há efetiva aplicação das políticas afirmativas de igualdade de gênero, no que concerne ao processo de escolha das pessoas para ocupar a função de Ministras do Supremo Tribunal Federal.

À guisa de conclusão, afirma-se que a existência de um quadro normativo protetivo específico para as mulheres é, ao mesmo

tempo, uma necessidade premente e uma denúncia e/ou evidência das inúmeras injustiças, desigualdades e violências cotidianamente perpetradas pela sociedade patriarcal tupiniquim contra as mulheres. Faz-se necessário, portanto, uma radical transformação social para que se alcance uma sociedade mais igualitária, justa e segura para todas as pessoas, em especial para as mulheres brasileiras.

REFERÊNCIAS

A trajetória da primeira mulher a integrar o Supremo. Revista **Consultor Jurídico**, 11 de agosto de 2011, 19h00. Disponível em https://www.conjur.com.br/2011-ago-11/ellen-gracie-trajetoria-primeira-mulher-integrar-supremo . Acesso em: 05 nov. 2023.

ABREU, Diego. Supremo elege Ellen Gracie para vaga de ministra substituta do TSE. G1, Política/TSE.Brasília, DF, 07 out 2009, 17h53. Disponível em http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1333202-5601,00-SUPREMO+ELEGE+ELLEN+GRACIE+-PARA+VAGA+DE+MINISTRA+SUBSTITUTA+DO+TSE.html. Acesso em: 09 maio 2021.

ANDRADE, Tainá. Cármen Lúcia: Desigualdade de gênero também é uma violência contra mulher. Correio Brasiliense, coluna Mulher na Política, publicado em 30/05/2022 16:16 . Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/05/5011654-carmen-lucia-desigualdade-de-genero-tambem-e-uma-violencia-contra-mulher.html . Acesso em 05.11.2023.

BALDI, Cesar Augusto. Da "gourmetização" da teoria decolonial: o que a raça tem a ver com isso? Empório do Direito, 18/03/2019. Disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/da-gourmetizacao-da-teoria-decolonial-o-que-a-raca-tem-a-ver-com-isso-i Acesso em: 29 maio 2021.

BANDEIRA, Regina. Agência CNJ de Notícias, 26 de setembro de 2023. Disponível em https://www.cnj.jus.br/category/noticias/ . Acesso em: 05 nov 2023.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Tradução: Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Coimbra: Edições 70, 2010.

BRASIL**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.** Myrthes Gomes de Campos: primeira mulher a exercer a advocacia no Brasil. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/museu/curiosidades/no-bau/myrthes-gomes-campos. Acesso em: 08 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário**. Brasília, DF, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário**. Brasília, DF, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao. htm. Acesso em: 09 maio 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021**. Altera a Constituição Federal para disciplinar a realização de consultas populares concomitantes às eleições municipais, dispor sobre o instituto da fidelidade partidária, alterar a data de posse de Governadores e do Presidente da República e estabelecer regras transitórias para distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e para o funcionamento dos partidos políticos. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc111.htm Acesso em: 02 nov. 2023.

CURIEL, Ochy. **La Nación Heterosexual**: Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación. Bogotá, D.C. Colombia. Enero, 2013.

Estatísticas de Gênero: ocupação das mulheres é menor em lares com crianças de até três anos. Agencia IBGE Notícias, 04/03/2021 10h00. Disponível em https://agenciadenoticias.ibge.

gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30172-estatisticas-de-genero-ocupacao-das-mulheres-e-menor-em-lares-com-criancas-de-ate-tres-anos#:~:text=Em%202019%2C%20as%20mulheres%20receberam,grupos%20ocupacionais%20com%20maiores%20rendimentos. Acesso em: 06 nov. 2023.

FRAGALE FILHO,Roberto; Selem Moreira,, Rafaela e SCIAMMARELLA, Ana Paula de O. Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro, *e-cadernos CES* [Online], 24 | 2015, posto online no dia 15 dezembro 2015, consultado o 21 dezembro 2020. URL : http:// journals.openedition.org/eces/1968 ; DOI : https://doi.org/10.4000/eces.1968.

FRANCO, M. L. P. B. Análise de conteúdo. 2. ed. Brasília, DF: Liber Livro, 2007. (Série Pesquisa, 6).

FREITAS, S. Presidente indica a 2ª mulher ao STF, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 11 maio 2006. Brasil, p. A11.

FURTADO, Munique. Ministra Carmén Lúcia fala sobre desigualdade de gênero em evento do TRT-RO/AC que abre atividades da semana da mulher. Portal TRT14, *07/03/2022, às 21h55)Disponível em https://portal.trt14.jus.br/portal/noticias/ministra-carmen-lucia-fala-sobre-desigualdade-de-genero-em-evento-do-trt-roac-que-abre* . Acesso em: 05 nov. 2023.

GOMES, Juliana Cesario Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e comportamento judicial no supremo tribunal federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres?. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p. 854-876.

INCLUSÃO e participação: a mulher na advocacia e na história da OAB.Site OAB Nacional, quarta-feira, 9 de março de 2022 às 16h43.

Disponível em https://www.oab.org.br/noticia/59435/inclusao-e-participacao-a-mulher-na-advocacia-e-na-historia-da-oab .

LAGO, Laurenio. **Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos 1828-2001**. 3. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2001. p. 594-600.

LULA indicará uma mulher para o STF. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 10 maio 2006b. Nacional, p. A8.

MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. **A Igualdade Entre os Sexos na Constituição de 1988**. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/159/10.pdf?sequence=4#:~:text=Ao%20equiparar%20direitos%20e%20obriga%C3%A7%C3%B5es,e%207%C2%B0%2C%20XXX). Acesso em: 05 nov. 2023.

MELO FILHO, José Celso de, 1945-. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)** / Ministro Celso de Mello - Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2004. Disponível em https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3342/689223.pdf?sequence=3&isAllowed=y . Acesso em: 05 nov. 2023.

MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Maria de Lourdes. A Construção do Direito ao Reconhecimento da Equidade de Gênero nos Espaços de Poder Jurídicos. **Economic Analysis of Law Review .** V. 10, nº 1, p.307-321, Jan-Abr, 2019. Disponível em file:///C:/Users/annec/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/UNB/11906-52739-1-PB.pdf. Acesso em: 09 maio 2021.

PERROT, Michelle. **Os Excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros**. 7ª ed. – Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2017.

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)2022. Disponível.https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html . Acesso em 05.11.2023.

POMPEU, Ana. **Trajetória no Supremo:10 fatos que marcaram a trajetória da ministra Rosa Weber no STF**. JOTA, Brasília, 02/10/2023 08:40. Disponível em https://www.jota.info/stf/do-supremo/10-fatos-que-marcaram-a-trajetoria-da-ministra-rosa-weber-no-stf-02102023. Acesso em 05.11.2023.

PONTES, Felipe. Rosa Weber diz que igualdade de gênero é imperativo para democracia:Fala da ministra marca o Dia Internacional da Mulher. Agência Brasil - Brasília, Publicado em 08/03/2023 - 13:30

RAGO, Margareth. As mulheres e suas artes de fazer na política. **Revista feminista CONS-PIRANDO.** Mujer y Política,Nº 52/ Abril 2006.

SCOTT, Joan. Gênero, uma categoria útil de análise histórica. **Revista Educação e Realidade**, 20(2):71-99, jul./dez. 1995.

ESTELIONATO CIBERNÉTICO E A INEFICÁCIA DA NORMA NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

CYBER FRAUD AND THE INEFFECTIVENESS OF THE NORM IN BUSINESS RELATIONS

Dalbertom Caselato Junior[77]

Danielly Fernandes da Rocha[78]

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso se refere à tipificação do crime de estelionato por meio de fraude eletrônica e suas modalidades no âmbito das relações empresariais. O estelionato está elencado no artigo 171 do Código Penal Brasileiro, na qual aduz sobre "aquele que obtém para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, a qual por sua vez é induzida ou mantida em erro, mediante qualquer meio fraudulento. Constituindo pena de reclusão de um a cinco anos, e multa". O objetivo desse trabalho foi analisar as normas regulamentadoras e sua eficácia. Quanto às normas reguladoras, foi minunciosamente abordada a Lei nº 14.155/2021 e a Lei nº 14.478/2022, nas quais se trata das qualificadoras do crime de estelionato por meio de fraude eletrônica e o Marco Legal das Criptomoedas. Ao longo do trabalho apontamos os principais tipos de golpes estelionatários, nos quais são aplicados com pessoas vulneráveis, idosos, entidades públicas, empresas, entre outros. Nessa meada, buscará desenvolver a análise da dificuldade das autoridades policiais na obtenção de provas, por se tratar de um ambiente desfavorável para o rastreamento dos crimes cibernéticos. Além disso, versará também sobre a necessidade

77 Professor-titular do programa de pós-graduação *latu sensu* em Ciências Criminais do Centro Universitário Euro-americano (UNIEURO-DF) e do programa de graduação em Direito do Centro Universitário Unieuro-DF. Mestre e doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB. E-mail: caselatoo@yahoo.com.br. CPF: 713.858.941-72. Endereço: Rua Copaíba lote 02 aptº 401, Águas Claras-DF, cep 71.919-540, telefone 61-98164-4850. ORCID-ID: https://orcid.org/0000-0002-7062-1617.

78 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Euro-americano (UNIEURO-DF). Advogada.

de perícias especializadas e o instituto da produção antecipada de provas. Foram mencionadas as medidas de segurança, a forma processual, as jurisprudências, e as campanhas publicitárias que as entidades financeiras têm tentado disseminar a informação para seus clientes.

Palavras-chave: Direito Penal. Estelionato. Internet.

Abstract

This course completion work refers to the classification of the crime of embezzlement through electronic fraud and its modalities within the scope of business relations. Fraud is listed in article 171 of the Brazilian Penal Code, which states that "he who obtains, for himself or for others, an illicit advantage, to the detriment of the victim, who in turn is induced or maintained in error, through any fraudulent means . Constituting a prison sentence of one to five years, and a fine." The objective of this work was to analyze regulatory standards and their effectiveness. As for regulatory standards, Law No. 14,155/2021 and Law No. 14,478/2022 were thoroughly discussed, which deal with the qualifications for the crime of embezzlement through electronic fraud and the Legal Framework for Cryptocurrencies. Throughout the work we point out the main types of fraud scams, in which they are applied to vulnerable people, the elderly, public entities, companies, among others. In this vein, it will seek to develop an analysis of the difficulty faced by police authorities in obtaining evidence, as this is an unfavorable environment for tracking cybercrimes. Furthermore, it will also address the need for specialized expertise and the need for early production of evidence. Security measures, procedural form, jurisprudence, and advertising campaigns that financial entities have tried to disseminate information to their customers were mentioned.

Keywords: Criminal Law. Fraud. Internet.

INTRODUÇÃO

A internet é considerada como uma das principais invenções científicas e tecnológicas mais utilizadas pela humanidade, oferecendo uma gama extensa de benefícios, gerando uma retenção de informações na rede, as quais ficam suscetíveis às práticas delituosas. O estelionato por meio de fraude eletrônica, conhecido habitualmente como estelionato cibernético, é considerado um tipo de crime contra o patrimônio que ocorre no ambiente virtual, por intermédio de meios eletrônicos. Tal prática consiste em ludibriar uma pessoa por meio de técnicas fraudulentas, com o intuito de obter vantagem financeira ou patrimonial, sendo assim, são utilizadas diversas técnicas para cometer a conduta do estelionato, que estão tipificadas no artigo 171, do Código Penal.

Atualmente a sociedade contemporânea tem enfrentado diversas transformações tecnológicas decorrentes do crescimento desenfreado da tecnologia da informação, a qual se tornou um instrumento de utilização para a prática de condutas ilícitas e demasiadamente perigosas. Posto isso, o direito está atrelado à evolução da sociedade, sendo necessária a frequente edição de normas que regule as medidas de prevenção e combate aos crimes de estelionato cibernético, enfatizando as ações das autoridades responsáveis pela segurança digital e a forma de utilização adequada dos usuários de internet, referente às ameaças e vulnerabilidades presentes nos meios virtuais, bem como a análise das sanções previstas na legislação brasileira para os crimes cibernéticos.

O estelionato cibernético tem se tornado um crime cada vez mais frequente e sofisticado, essa modalidade de crime pode causar prejuízos financeiros e emocionais, de forma significativa para as vítimas, além de afetar a confiança na segurança da internet e seus recursos. Dessa forma, as medidas de prevenção e combate ao estelionato cibernético não são totalmente eficazes e suficientes para proteger os usuários da internet. É importante, que sejam realizadas pesquisas para identificação das principais técnicas utilizadas pelos

criminosos para cometer o estelionato cibernético e avaliar a eficácia das medidas de prevenção e combate adotadas por empresas e órgãos governamentais.

Posto isso, a conscientização dos usuários da internet sobre os riscos do estelionato cibernético é fundamental para prevenir esse tipo de crime, bem como a aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD nas organizações. Desse modo, as pesquisas sobre o assunto contribuem para a disseminação de informações sobre as técnicas utilizadas pelos criminosos e as medidas de prevenção e combate existentes, bem como o desenvolvimento de novas estratégias de combate ao estelionato cibernético.

No prisma atual, o ambiente tecnológico permite uma exposição maior de informações, sendo necessária uma análise mais aprofundada das técnicas utilizadas pelos criminosos nas modalidades dos crimes de estelionato cibernético, bem como a avaliação das medidas de prevenção pelas normas jurídicas. Tendo como intuito à identificação das lacunas nas medidas de prevenção e combate existentes, contribuindo para o desenvolvimento de novas estratégias, bem como a especialização da polícia judiciária, perícias e meios comprobatórios mais incisivos. Daí, urge a problemática de pesquisa: as normas regulamentadoras têm acompanhado os avanços tecnológicos e a mente ardilosa dos criminosos na consumação do crime de estelionato cibernético?

Neste trabalho serão apresentadas as principais técnicas utilizadas pelos criminosos para cometer o crime de estelionato cibernético e avaliar as medidas de prevenção e combate a esse tipo de crime, bem como os reflexos das condutas delituosas no direito brasileiro. Tendo como objetivos específicos: a legislação e os aspectos jurídicos; modalidades da consumação do crime de estelionato cibernético; aplicabilidade das medidas de prevenção e combate; nível de conscientização e eficácia das campanhas de prevenção.

No âmbito da abordagem será utilizada a abordagem qualitativa, que permite uma análise mais aprofundada das técnicas utilizadas pelos criminosos e das medidas de prevenção e combate adotadas

atualmente por empresas e órgãos governamentais. Tendo este trabalho como técnicas de pesquisas: revisão bibliográfica para coleta de dados; análise de casos reais, identificando as principais técnicas utilizadas; análise de dados avaliando a eficácia das medidas de prevenção.

Nesse diapasão, o estelionato cibernético é um crime que representa uma ameaça significativa na era digital em que atualmente vivemos, onde os agentes se inovam frequentemente, sendo de suma importância que as pessoas estejam atentas aos riscos e adotem medidas para se protegerem contra as ações delituosas dos agentes. Além disso, as autoridades competentes devem estar atentas à investigação e punição dos responsáveis pelo crime, conforme os moldes da Lei nº 14.155/2021; assim, também é necessário que as empresas e organizações implementem medidas de segurança adequadas para proteger seus clientes e usuários.

1. O CRIME DE ESTELIONATO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

1.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO ARTIGO 171 DO CÓDIGO PENAL

O termo estelionato originou-se da expressão grega *stelio* que dá nome a uma espécie de lagarto, que altera o tom de sua pele para iludir suas presas. Deste apreço, segundo a concepção histórica, a palavra estelionato decorre de uma palavra grega que identifica um lagarto que engana as presas, por meio da ilusão, assim, o estelionatário, seria aquele que se utiliza de artifícios fraudulentos com intuito de ludibriar suas vítimas.

A referida infração penal, a qual está inserida no art. 171 do Código Penal, (Lei nº 2.848/1940), localizada no capítulo dos crimes contra o patrimônio, dispõem no caput desse artigo que, "aquele que obtém para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, a qual por sua vez é induzida ou mantida em erro, mediante qualquer

meio fraudulento. Constituindo pena de reclusão de um a cinco anos, e multa".

Nessa modalidade de crime, vislumbra-se como sujeito ativo comum, sendo dispensada qualquer condição especial para a prática do delito. O sujeito passivo também é comum, logo, poderá ser qualquer pessoa que sofra a lesão patrimonial ou que seja submetida à ação fraudulenta empreendida pelo agente, podendo acometer nem sempre o prejuízo econômico sobre a pessoa que sofreu a ação, mas também a terceiros.

> O sujeito passivo do crime de estelionato deverá possuir capacidade de discernimento para que possa, de acordo com os elementos do tipo penal em estudo, ser induzido ou mantido em erro. Se lhe falta essa capacidade, tal como ocorre com alguns incapazes, o fato poderá ser desclassificado, por exemplo, para o delito tipificado no art. 173 do Código Penal. (Greco, 2023, p.700).

Pretende-se como principal intuito a proteção da inviolabilidade patrimonial, e qualquer de seus elementos integrantes, podendo ser bens móveis ou imóveis, de possíveis ocorrências de delitos nas modalidades de estelionato.

Como bem alude Magalhães Noronha:

> O mundo moderno oferece clima propício ao estelionato, pela multiplicidade de relações jurídicas que a expansão econômica e o desenvolvimento das atividades humanas impõem. Ora, o equilíbrio e a harmonia social exigem que essas relações se assentassem sobre o pressuposto da boa-fé, e daí o objetivo particular da lei de tutelá-la, ameaçando com a pena as violações da lisura, da honestidade que, como imperativo constante, deve reinar nas relações jurídicas, em torno das quais a vida hodierna se agita.

> Esse interesse é eminentemente social, pelo que somos dos que pensam que a tutela do dispositivo não se dirige tanto a proteger a boa-fé individual do negócio jurídico - já que aceitamos que o crime existe ainda que a vítima não se tenha havido com grande lisura - mas é inspirada no interesse público de reprimir qualquer maneira de fraude causadora do dano alheio. (Noronha, 1940, p.127).

Com o advento da modernidade e os avanços tecnológicos, a internet proporcionou uma facilitação de modo mais amplo com a utilização de meios de comunicações e transações, que ocasionalmente com a má utilização, para fins delituosos, fez com que surtisse um elevado número de ocorrência dos crimes no ambiente digital, aumentando os casos de fraudes e suas modalidades.

> Compreende-se que a fraude é o ponto principal do delito de estelionato, sendo assim, algumas figuras típicas integram os elementos, como: a lesão patrimonial por meio de malicioso engano, podendo ser artifício, ardil ou qualquer meio fraudulento; a conduta do agente ser direcionada a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio; a vantagem pode ser dirigida ao autor ou a terceiro (Greco, 2023, p.697).

Conforme o trecho citado acima, se torna evidente que o crime de estelionato pode ser identificado através da análise de determinadas ações, tais como as condutas do agente com o objetivo de obter vantagem indevida em detrimento da vítima, seja a referida vantagem destinada a si próprio ou a terceiros, o induzimento ou a manutenção da vítima em erro, e a utilização de qualquer meio fraudulento para atingir o objetivo almejado.

Irrisoriamente, os doutrinadores tentam distinguir no tipo penal do art. 171 do Código Penal, o artifício do ardil, assim, veremos a explicação do ilustre Magalhães Noronha:

> Artifício, lexicologicamente, significa produto de arte, trabalho de artistas. Nesse sentido, portanto, pode-se dizer haver artifício quando há certo aparato, quando se recorre à arte, para mistificar alguém. Pode o artifício manifestar-se por vários modos: consistir-se em palavras, gestos ou atos; ser ostensivo ou tácito; explícito ou implícito; e exteriorizar-se em ação ou omissão. Quanto ao ardil, dão-nos os dicionários os sinônimos de astúcia, manha e sutileza. Já não é de natureza tão material quanto o artifício, porém mais intelectual. Dirige-se diretamente à psique do indivíduo, ou, na expressão de Manzini, à sua inteligência ou sentimento, de modo que provoque erro mediante falsa aparência lógica ou sentimental, isto é, excitando ou determinando no sujeito passivo convicção, paixão, ou emoção, e criando destarte motivos ilusórios à ação ou omissão desejada pelo sujeito ativo. (Greco, 2023, p.699).

Nesse sentido, compreende-se que, qualquer meio fraudulento utilizado pelos agentes, que mantenha a vítima a incorrer em erro, será considerado a configuração do crime de estelionato.

> O delito de estelionato somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa. Dessa forma, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente a induzir ou a manter alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, a fim de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio (Greco, 2023, p.701).

Conforme mencionado acima, a característica do crime de estelionato deverá surgir ao início da execução, antes que a vantagem ilícita esteja sob posse do agente, se por um caso ocorrer o oposto,

a conduta do agente será configurada nos termos do delito de apropriação indébita.

A conduta de induzir alguém em erro pressupõe um comportamento comissivo, ou seja, o agente faz algo para que a vítima incorra em erro. Por outro lado, manter a vítima em erro é considerado uma prática omissiva, isto é, sabendo que a vítima está em erro, este se aproveita a fim de obter vantagem em prejuízo de outrem.

Nessa perspectiva, leciona Nelson Hungria:

> Há uma analogia substancial entre o *induzimento em erro* e o *doloso silêncio em torno do erro preexistente.* Praticamente, tanto faz ministrar o veneno como deixar *scienter* que alguém o ingira por engano [...].
> A inércia é uma *species* do *genus* 'ação': é a própria atividade que se refrange sobre si mesma, determinando-se ao *non facere*. Tanto usa de fraude quem *ativamente* causa o erro para um fim ilícito, quanto quem *passivamente* deixa-o persistir e dele se aproveita (Greco, 2023, p.701).

Nesse prisma, a inércia, tem incidência quando o agente ao manejar uma ação, este detendo o poder de alterá-la em seu curso, mas, ainda sim, querendo, se isenta para que gere um resultado preponderante.

1.1.1 PRIMARIEDADE DO AGENTE E PEQUENO VALOR DO PREJUÍZO ALHEIO

Conforme elucida o parágrafo §1º do art. 171 do Código Penal, o estelionato privilegiado, quando se tratando de criminoso primário e o prejuízo de pequeno valor, poderá o juiz aplicar a pena nos termos do art. 155, §2º do mesmo dispositivo.

> No crime de furto, exige a lei que a coisa furtada seja de pequeno valor, dado este de natureza eminentemente objetiva, tendo os Tribunais convencionado, conforme já dissemos anteriormente quando do estudo do art. 155 do Código Penal, ser aquele em torno de um salário mínimo, vigente à época dos fatos. Na hipótese do crime de estelionato, a redação legal faz menção a prejuízo de pequeno valor, devendo-se levar em consideração, aqui, a pessoa da vítima, ao contrário do que ocorre no delito de furto. No entanto, a redação legal não podia ser outra, uma vez que, diferentemente do objeto material do furto, que é a coisa alheia móvel, no estelionato, de abrangência maior, o art. 171 utiliza a expressão prejuízo alheio, que pode se estender não somente às coisas móveis, como também imóveis, direitos economicamente apreciáveis etc. (Greco, 2023, p.702).

Logo, constata-se que o referido parágrafo faz menção ao art. 155 do Código Penal, e prevê que o valor do prejuízo alheio deverá ser efêmero, estando este entre o valor do salário-mínimo vigente à situação fática. Nesse sentido, sendo o agente primário e o prejuízo suportado pela vítima de pequeno valor, poderá o juiz substituir a aplicação da pena de reclusão para a de detenção, diminuí-la de um a dois terços, em alguns casos poderá ser aplicado uma penalidade mais branda, sendo apenas a multa.

1.1.2 MODALIDADES ESPECIAIS DO ESTELIONATO

Quanto às modalidades especiais inseridas no crime de estelionato, estas estão previstas no parágrafo §2º do art. 171 do Código Penal.

> Cuidando das modalidades especiais de estelionato, prevê os delitos de: I – disposição de coisa alheia como

> própria; II – alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria; III – defraudação de penhor; IV – fraude na entrega de coisa; V – fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro; VI – fraude no pagamento por meio de cheque (Greco, 2022, p.702).

Desse modo, conforme disposto no parágrafo §2º do artigo 171 do Código Penal, será analisado as modalidades especiais de estelionato, conhecido como subespécies do delito, sendo de imprescindível a análise dos elementos tipificados.

Na disposição de coisa alheia como própria, estabelecido no inciso I, do §2º do artigo 171 do Código Penal, dispõe que incorrerá nas mesmas disposições das penas cominadas à modalidade principal do estelionato, "aquele que vender, permutar, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria". Quanto ao sujeito passivo e ativo, ambos são considerados comuns, não exigindo nenhuma qualidade especial por parte dos envolvidos.

> Como se percebe pela redação legal, os comportamentos vender, permutar, dar em pagamento, em locação ou em garantia pressupõem, como regra geral, que sejam praticados por quem não é proprietário da coisa. Assim, o agente, objetivando obter a vantagem ilícita, utiliza fraude, fazendo-se passar pelo proprietário do bem, causando prejuízo à vítima (Greco, 2023, p.702).

Logo, a coisa alheia, será compreendida como móvel ou imóvel, quando o agente se institui como real proprietário ou possuidor do bem, consequentemente causando prejuízos financeiros à vítima ou a terceiros. A consumação deste delito, ocorre quando o agente se desfaz do bem, e garante a vantagem ilícita.

A alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria, previsto no inciso II, do §2º do artigo 171 do Código Penal, prevê sobre as seguintes ações:

> daquele que vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias (Lei nº 2.848/1940).

No que tange ao sujeito ativo, nessa modalidade, configurará o proprietário do bem próprio inalienável ou, no caso, do imóvel prometido a terceiros, assim, configurando a categoria de sujeito ativo próprio. No sujeito passivo, poderá ser preenchido por qualquer sujeito, sendo configurado o sujeito passivo comum, sem que haja necessidade de qualidades especiais.

Nesse contexto, entende-se que a coisa já pertence ao agente, desse modo, há incidência do delito de alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria. Na primeira etapa trata-se da coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litígio, se referindo à coisa móvel ou imóvel. Na segunda etapa, descreve o bem imóvel que foi promessa de venda a terceiros.

> A fraude, no delito em estudo, é caracterizada pelo silêncio, ou seja, o agente vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia àqueles bens que lhe pertencem, omitindo, no entanto, que estão gravados de ônus, ou que existe litígio pendente sobre a coisa, ou mesmo que o imóvel já foi prometido à terceiro, mediante pagamento em prestações. A consumação ocorre com a prática efetiva de qualquer um dos comportamentos típicos, vale dizer, quando o agente vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia. Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível

> o raciocínio correspondente à tentativa (Greco, 2023, p.704).

Nesse sentido, a partir desse conceito, se houver somente uma conduta, esse crime será considerado na forma tentada, se caso, houver a consumação prolongada das duas condutas, será considerado na modalidade consumada.

A defraudação do penhor, estabelecida no inciso III, do §2º do artigo 171 do Código Penal, dispõe sobre o crime que abrange a seguinte conduta, "aquele que defrauda, mediante alienação ou não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado".

> A conduta de defraudar pode se configurar quando o agente aliena a coisa móvel que está em seu poder, como ocorre nas hipóteses de venda, doação, troca etc., como também, de acordo com a regra genérica contida no aludido inciso, quando a consome, desvia, enfim, pratica qualquer comportamento que venha fraudar a garantia dada em penhor, sendo esses os momentos de consumação do delito, ou seja, com a efetiva defraudação. Por se cuidar de um crime plurissubsistente, será possível o raciocínio correspondente à tentativa, a exemplo daquele que, ao tentar vender a terceira pessoa o bem móvel penhorado, é surpreendido e impedido de levar a efeito a transação criminosa (Greco, 2023, p.705).

Desse modo, conforme menção acima, a defraudação de penhor se refere a um bem de propriedade do agente, em que, querendo este vender, doar ou trocar, ludibria sua vítima e desvia a entrega da coisa prometida.

Consoante ao sujeito ativo desse delito, o ilustre Alberto Silva Franco, dispõe que: "é o devedor que conserva em sua posse o objeto empenhado e o vende, desvia, oculta, ou, de algum outro modo,

o subtrai ao vínculo de garantia da dívida". No que tange ao sujeito passivo, será considerado o credor pignoratício.

O penhor ocorre pela transferência concreta da posse que está em detrimento do devedor, e é dada em garantia do débito ao credor, conforme previsão legal no art. 1.431 do Código Civil, como definição de penhor:

> Art. 1.431. Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.

Parágrafo único**.** No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar (Lei nº 10.406/2002).

Nesse sentido, caso não ocorra a não concretização da transferência da posse da coisa ao credor pignoratício, e essa, no entanto, ainda sim permanecendo na posse do devedor, este incorrerá na defraudação de penhor.

A fraude na entrega de coisa, previsto no inciso IV, do §2º do artigo 171 do Código Penal, dispõe sobre a modalidade de responsabilizar criminalmente "aquele que defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém".

Desse modo, indaga Álvaro Mayrink da Costa:

> O ato de defraudar *substância* significa alterar a natureza da coisa corpórea, ou a sua *qualidade* (importa que o objeto entregue seja *inferior*, pois se for de espécie superior inexiste ilícito penal), ou *quantidade* (refere-se a número, peso e dimensões). (Greco, 2023, p.706)

Nesse sentido, foi descrito acima, o ato de defraudar a substância, a qualidade e a quantidade. Desse modo, também elucida Rogério Greco, quanto à coisa defraudada:

> A coisa defraudada pode ser móvel ou imóvel. Consuma-se o delito no momento em que a coisa defraudada é entregue à vítima, sendo que a defraudação em si, modificando a substância, a qualidade ou a quantidade da coisa, antes da sua efetiva entrega ao agente, é considerada ato preparatório. No entanto, pode ocorrer que, depois de defraudada a coisa, o agente dê início à execução do delito, tentando entregá-la ao sujeito passivo, quando é interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade, podendo, portanto, ser responsabilizado pela tentativa (Greco, 2023, p.706)

Verifica-se, que o crime se configura na sua forma consumada ou tentada, nesta última hipótese a execução do delito pode ser pausada por ocorrências alheias à vontade do agente. O sujeito ativo ou passivo poderá ser qualquer pessoa, não necessitando de qualidades especiais.

A fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, com disposição no inciso V, do §2º do artigo 171 do Código Penal, dispõe sobre a seguinte conduta, "aquele que destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro". Tal fraude, tem ocorrido frequentemente, ocasionando danos e prejuízos a terceiros.

> Pela redação contida no mencionado inciso, podemos destacar dois comportamentos distintos, que atingem objetos materiais diversos. No primeiro deles, o agente destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, a exemplo daquele que, almejando receber o valor do seguro, faz com que seu automóvel caia em um precipício, destruindo-o completamente. Nesse caso, o veículo contra o qual foi dirigida a conduta do agente é o objeto material de sua ação (Greco, 2023, p.706).

No que tange ao sujeito ativo do delito, este configura no polo ativo o segurando, quanto ao sujeito passivo, este será configurado pela seguradora contratada pelo agente. Ressalta-se, que tal crime se refere à qualidade próprio, sendo necessário que os sujeitos possuam características especiais.

Nesse caso, o crime de fraude para obtenção de indenização de seguro, compreende-se que o agente tem como principal conduta danificar a coisa material, seja parcialmente ou totalmente, para que posteriormente o seguro cubra o prejuízo e proporcione uma indenização ao assegurado, desse modo, o agente adquiri a vantagem ilícita pretendida.

Na hipótese de coautoria ou participação, o ilustre Magalhães Noronha elucida:

> O crime é próprio, mas é possível a coautoria ou participação. Isso não significa que não pode outro destruir, danificar ou ocultar a coisa segurada, mas é necessário que o dono seja o mandante, ou de qualquer modo, também seja o autor do delito. (Direito Penal, volume II, 1976, p. 420).

Nesse sentido, entende-se que, mesmo se tratando de um crime próprio, caso o agente, proprietário do bem, maneje-o danificá-lo parcialmente ou totalmente, poderá incidir a coautoria, atuando o agente na posição de mandante do crime, contando com partição de terceiros para concretizar a conduta descrita nesse inciso. Sendo assim, tipificada a coautoria no crime de fraude para obtenção de seguro.

Em seguida, verificamos a conduta daquele que age de modo que, lhe cause danos ou lesões ao seu próprio corpo ou a saúde, ou que agrava as consequências da lesão ou doença, com intuito de atingir vantagem ilícita, obtendo para si indenização ou seguro, este incorrerá ao disposto desse inciso. Nesse contexto, a lesão ao próprio corpo não se trata somente de dano anatômico do corpo, mas compreende-se

também a perturbação à harmonia funcional do organismo, fisiológica ou psíquica.

A fraude no pagamento por meio de cheque, previsto nos termos do inciso VI do §2º do artigo 171 do Código Penal, dispõe sobre a modalidade da seguinte prática, "daquele que emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento".

Inicialmente, vale ressaltar que, nessa modalidade de fraude no pagamento por meio de cheque, na qual o agente quis ou assumiu o resultado, conforme prevê o artigo 18, inciso I, do Código Penal, ou seja, a caracterização do crime doloso. Desse modo, o crime de fraude por meio de cheque, contém dois comportamentos diferentes.

> O tipo penal em estudo prevê dois comportamentos distintos. No primeiro, o agente emite cheque conhecendo, de antemão, a insuficiência de fundos em poder do sacado. O cheque, na qualidade de título de crédito, entendido como ordem de pagamento à vista, permite que o beneficiário se dirija até o banco sacado a fim de efetuar o levantamento da importância nele consignada ou, mesmo, que leve a efeito o depósito em conta-corrente. O cheque pós-datado perde a natureza de ordem de pagamento à vista, pois o seu emitente, ao determinar o seu depósito em data futura, implicitamente, afirma não ter suficiência de fundos no momento de sua emissão. Assim, desnatura-se essa modalidade de estelionato em virtude da ausência de fraude, pois, na verdade, a emissão do cheque pós-datado somente fez o papel de nota promissória, com a característica da possibilidade de ser depositado ou sacado diretamente na instituição financeira (Greco, 2023, p.707).

Conforme mencionado acima, refere-se à emissão de cheque com determinado valor, porém não há fundos suficientes com o valor

discriminado no cheque. Logo, com tal conduta, o agente consegue obter vantagem ilícita, alegando que possui certa quantia, quando está é inexistente, conhecido atualmente pela expressão "cheque sem fundo".

> A segunda modalidade característica desse delito diz respeito à frustração ilegítima do pagamento. Conforme salientado anteriormente, para que se configure o delito por meio dessa modalidade, é preciso que o emitente tenha fundos suficientes em poder do sacado, pois, caso contrário, o fato se subsumirá ao primeiro comportamento, vale dizer, emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos. Pode-se frustrar o pagamento mediante diversas formas, a exemplo daquele que determina a sua sustação perante o sacado, ou mesmo encerrando sua conta-corrente, ou retirando, depois da emissão do cheque, os valores depositados, tornando insuficientes os fundos etc. (Greco, 2023, p.708)

Posto isso, em análise dessa segunda modalidade, se configura pela frustração do pagamento, a qual ocorrerá de diversas formas, entre eles a sustação do cheque, a retirada de valores da conta, entre outros. Ocasionando, que o tomador do cheque fique no prejuízo após a realização da emissão do cheque.

Salienta-se, que com a vigência da Lei nº14.155/2021, a qual foi encarregada por alterar a competência para processamento da ação penal, em casos de crimes de fraude no pagamento por meio de cheque, conforme introdução do §4º do artigo 70, do Código de Processo Penal, onde determina que a ação deverá tramitar no local de domicílio da vítima.

1.2 REFLEXOS JURÍDICOS E AS LEIS Nº. 14.155/2021 E Nº. 14.478/2022

1.2.1 ESTELIONATO QUALIFICADO PELA FRAUDE TELEFÔNICA

Com a promulgação da Lei nº14.155/21, foi inserido ao artigo 171 do Código Penal, os §§ 2º - A e 2º - B, *in verbis:*

> § 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.
> § 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional (Lei nº 2.848/1940).

No que se refere ao §2-A desse artigo, em que se conjectura uma modalidade qualificada de estelionato, de acordo com os meios utilizados pelo agente da infração. Posto isso, conforme disposição no texto legal, que a utilização de informações disponibilizadas pela vítima ou por terceiros induzidos a erro, as quais sejam fornecidos redes sociais, contatos telefônicos, envio de correio fraudulento, ou qualquer outro meio que seja fraudulento análogo.

Esta modalidade inclui uma pena de reclusão de 4 a 8 anos, e multa. Nesse diapasão, a modalidade do referido delito será qualificada, a qual se estabelece à forma não presencial de prática do crime, em que pese a utilização de informações que maneja a fraude, ocasionando o induzimento da vítima a erro.

Nesse sentido, o ilustre Rogério Sanches, exemplificou todas essas ações descritas no texto legal, conforme delineadas abaixo:

> a) Por meio de redes sociais: atualmente são muito comuns os anúncios promovidos em redes sociais como Facebook e Instagram. Não raro, são anúncios fraudulentos, manobras ardilosas para atrair pessoas que forneçam seus dados;
> b) Por contatos telefônicos: são também muito comuns as fraudes cometidas por meio telefônico. Um exemplo recorrente envolve os cartões de crédito. O fraudador telefona para alguém e afirma, por exemplo, que a instituição financeira detectou indícios de fraude com o cartão dessa pessoa. Pede a ela que confirme dados e digite a senha do cartão. Com a senha à disposição, o agente faz compras, efetua saques, toma empréstimos etc.;
> c) Pelo envio de correio eletrônico fraudulento: neste caso, a vítima recebe um e-mail fraudulento, muitas vezes imitando os caracteres de empresas ou organizações conhecidas e, a partir do acesso por meio do link disponibilizado, o estelionatário pode obter os dados pessoais e bancários inseridos em formulários eletrônicos;
> d) Por qualquer outro meio fraudulento análogo: nesta fórmula analógica se inserem quaisquer outras práticas fraudulentas cometidas por meios eletrônicos ou informáticos, como páginas na internet, por exemplo, em que a vítima não é diretamente abordada pelo estelionatário, como nas modalidades anteriores, mas é induzida em erro por fatores diversos (simulação de um estabelecimento comercial regularmente constituído; cópia de outra página conceituada etc.). (Greco, 2023, p.710).

Portanto, conforme mencionado anteriormente, estão presentes quatro tipos de ações, na qual são utilizados meios de comunicação para consumar o delito, em sua forma qualificada.

De acordo com a conceituação de Rogério Sanches, temos as seguintes execuções: por meio de redes sociais são utilizados anúncios fraudentos que chamam a atenção das vítimas com

propostas vantajosas; por meio de contatos telefônicos, confirmando possíveis transações, onde são informados dados de alta relevância, como por exemplo senhas de cartões; pelo envio de correio eletrônico fraudulento, em que a vítima recebe e-mails ou links, onde o agente se passa por funcionário de organizações; ou por qualquer outro meio fraudulento análogo, nesse modo, é considerado que pode ser qualquer ação que seja análogo a contato telefônico e/ou correio eletrônico.

No que tange ao parágrafo §2º - B, esse fomenta a forma majorada, com causa de aumento de pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), sendo observado a relevância do resultado gravoso, de acordo com a previsão em lei.

> Aqui, a relevância do resultado gravoso fará com que o julgador aplique a causa especial de aumento de pena entre os patamares mínimo (um terço) e máximo (dois terços), desde que o crime seja praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional, dificultando, assim, a investigação dos fatos ocorridos (Greco, 2023, p.711)

Conforme mencionado pelo ilustre Rogério Greco, a majoração desse parágrafo é aplicada sobre a forma qualificada do §2º - A, se o agente praticar o crime mediante utilização de equipamento, com localidade fora do território nacional. Dessa forma, há uma gravidade maior pela dificuldade de punição a um delito com manuseio de equipamento localizado em território estrangeiro.

De acordo, com a Lei n. 14.155, de 27 de maio de 2021, que introduziu a efígie da fraude eletrônica (art. 171, §§ 2º-A e 2º-B, do CP), modificou também o artigo 70 do Código de Processo Penal, para abordar a competência para julgamento de algumas modalidades previstas no artigo 171 do CP:

> Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no

> caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.
> § 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção (Lei nº 2.848/1940).

Nesse sentido, a competência se altera para o local de domicílio da vítima e, nos casos em que há incidência de pluralidade, a prevenção será a responsável por determinar o juízo competente.

Observa-se, que o entendimento da Súmula 244 do Superior Tribunal Federal "Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos", será ultrapassada. Por outro lado, será conservada a Súmula 48, deste mesmo tribunal, na qual aduz que: "Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque".

1.2.2 ESTELIONATO CONTRA O ENTE PÚBLICO

De acordo com o parágrafo §3º, do artigo 171, do Código Penal, a pena será aumentada de um terço ao dobro, sobre o crime que é cometido em desabono de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Observa-se, que a majoração será utilizada como parâmetro para identificação do sujeito passivo da infração penal, tendo em vista que tais entidades fornecem serviços fundamentais à sociedade.

> Entidades de direito público interno são a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, suas

> autarquias e entidades paraestatais. Instituto de economia popular, conforme esclarece Hungria, "é todo aquele que serve a direto interesse econômico do povo ou indeterminado número de pessoas (bancos populares, cooperativas, caixas Raiffeisen, sociedades de mutualismo etc.). Instituto de assistência social ou de beneficência é o que atende a fins de filantropia, de solidariedade humana, de caridade, de altruístico socorro aos necessitados em geral, de desinteressado melhoramento moral ou educacional" (Greco, 2023, p.711).

Nos parâmetros do parágrafo §3º, compreende-se como entidades do poder público, a União, os Estados, os Municípios, e o Distrito Federal, bem como serão considerados suas entidades paraestatais e suas autarquias. Ademais, de acordo com o conceituado Hungria, o instituto de economia popular, é considerado aquele que se molda ao direto interesse econômico do povo.

> O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula 24, consolidou seu entendimento nesse sentido: Súmula nº 24. Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal (Greco, 2023, p.711).

Dessa forma, obter vantagem ilícita de entidades de direito público, de assistência social ou beneficência, para a partir de tal ação auferir direito a suposta aposentadoria, tendo em vista que, em que pese esse direito ainda não foi adquirido pelo agente nos termos da lei, este será considerado estelionato previdenciário. Conforme, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o agente que prática essa conduta, fere a moral administrativa, o patrimônio público e a fé pública.

Consoante ao patrimônio público, de regra, não se aplica o crime de bagatela, que tem como a aplicação do princípio da insignificância, dessa forma, o entendimento pátrio dos tribunais, aos crimes com previsão no artigo 171, §3º, do Código Penal, tem se delineado da seguinte forma:

> No delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, não se aplica o princípio da insignificância para o trancamento da ação penal, uma vez que a conduta ofende o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, bem como é altamente reprovável. (RHC 21670/PR, e HC 110845/GO)

Nesse sentido, o crime de estelionato contra entidade pública, é repudiado, não havendo incidência do princípio da insignificância, independente da vantagem ilícita auferida pelo agente contra o ente público.

1.2.3 ESTELIONATO CONTRA PESSOA IDOSA

A Lei nº 13.228/2015, foi a responsável por proporcionar a alteração no Código Penal, na qual estabelece a majoração de aumento de pena nos crimes de estelionato cometido contra a pessoa idosa. Desse modo, foi acrescentado o §4º ao tipo penal de estelionato, determinando uma causa de aumento de pena, em que tal escala poderá variar de dois a dez anos de reclusão.

O Estatuto da Pessoa Idosa, prevê em seu no artigo 1º da Lei nº10.741/03, a conceituação de pessoa idosa, sendo aquela com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. De acordo com esse dispositivo, assegura-se a pessoa idosa de todos os direitos fundamentais, conforme o artigo 2º da referida lei que aduz:

> Art. 2º A pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem

> prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (Lei nº 10.741/ 2003).

A majoração da pena é aplicada na incidência do crime contra a pessoa idosa, tendo em vista que o sujeito passivo do delito, é considerada uma pessoa vulnerável, estando estes assegurados pela Lei nº 10.741/03.

> Para a aplicação da majorante, é preciso que haja prova nos autos da idade da vítima, que pode ser produzida através de certidão de nascimento, carteira de habilitação de motorista, documento de identidade etc., conforme determina o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, que diz que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas pela lei civil. (Greco, 2023, p.712)

Assim, ora mencionado acima, será necessário que a pessoa idosa comprove tal condição, para que enseje a aplicação da majoração da pena, ante aos crimes de estelionato cometidos contra a pessoa idosa. Ademais, será inescusável que o agente saiba que o crime está sendo cometido contra a pessoa idosa, caso não detenha essa informação, poderá posteriormente ser reconhecido o erro de tipo.

> Por vulnerável, devem ser entendidos aqueles elencados pelo art. 217-A do diploma repressivo, isto é, o menor de 14 (quatorze) anos, e os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. O paralelo com o referido art. 217-A do Código Penal se

> faz necessário, tendo em vista que a lei tão somente se utilizou do termo vulnerável, para efeito de aplicação da referida causa especial de aumento de pena (Greco, 2023, p.712).

Compreende-se por pessoa vulnerável, aquela que possui idade inferior a 14 (quatorze) anos, ou que por provisório ou permanente tenha enfermidade ou deficiência mental. Logo, os idosos são considerados um público mais atrativo para os criminosos, tendo em vista, que muitos são ludibriados facilmente, podendo ocorrer por diversas circunstâncias, desde haja ausência de vigilância dos familiares, bem como, a pequena frequência de utilização dos meios eletrônicos, a falta de auxílio, e a ausência de segurança.

Nesse apreço, o ilustre Fernando Capez, indaga que, "Há milhares de pessoas que têm acesso à internet, e muitas delas são idosas, analfabetas, ou não possuem familiaridade com a tecnologia, o que as torna vítimas potenciais dos criminosos virtuais".

Em 2021, com a publicação da Lei nº 14.155, foram modificados os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato. De acordo com essa nova lei foi modificado o §4º do artigo 171 do Código Penal, que nos casos em que o crime for cometido contra a pessoa idosa ou vulnerável, a pena deverá ser aumenta-se de 1/3 ao dobro, considerando a relevância do resultado gravoso.

No que tange ao aumento da pena em dobro para os crimes cometidos contra vítima vulnerável ou idosa, a doutrina compreende que essas pessoas são mais frágeis e passivas a serem enganadas pelos agentes, desse modo, devem estar protegidas de forma mais efetiva pelo Estado. Nesse diapasão, Zaffaroni, dispõe sobre:

> O aumento de pena em razão da vulnerabilidade da vítima justifica-se pela necessidade de proteção especial que deve ser dispensada a quem, por suas condições pessoais, está mais exposto a ser enganado ou vítima de violência. (Zaffaroni et al., 2019, p.352)

Nesse sentido, conforme as alterações realizadas em 2021 pela referida lei, de majoração da pena sobre os crimes contra os idosos, que resultou no favorecimento do agente, tendo em vista que, pelos termos da Lei nº 13.228/2015, na qual determinava uma majoração da pena ao dobro, no entanto, em contrapartida com a alteração da lei vigente, recaiu a pena para 1/3, e a depender do resultado gravoso.

Em suma, a proteção da pessoa idosa, consoante ao artigo 2º da Lei dos Direitos Humanos, aduz que o idoso não tenha prejuízos de instituições e equipamentos, resguardando sua saúde física e psicológica, bem como sua moral, intelecto, espiritual e social, as quais deverão ser dignas. Posto isso, é necessário um cuidado especial, para que consigam integrar os idosos ao ambiente virtual, bem como garantir que seu acesso seja amplamente seguro.

1.2.4 ESTELIONATO DE ATIVOS VIRTUAIS, VALORES IMOBILIÁRIOS OU ATIVOS FINANCEIROS

O estelionato de ativos, valores imobiliários ou ativos financeiros, é um crime nominalmente patrimonial que tem sua regulamentação pelo artigo 171 – A, do Código Penal, conforme disposto abaixo:

> Art. 171-A. Organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa (Lei nº 2.848/1940).

Desse modo, o delito dessa fraude possui o intuito de obter vantagem ilícita, com o induzimento da vítima em erro, garantindo o

prejuízo alheio, que poderá ser realizado mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

> Assim, analisando a referida figura típica, podemos destacar as condutas de organizar (estruturar, preparar), gerir (administrar), ofertar (oferecer) ou distribuir (repartir) carteiras (conjunto de aplicações do investidor, que pode ser também denominado de portifólio ou cesta de investimentos), ou intermediar (ser utilizado como mediador) (Greco, 2023, p.726)

A definição dos ativos virtuais é fundada de acordo com o artigo 3º, da Lei sob o nº 14.478/2022, conhecida como Marco Legal das Criptomoedas, *in verbis*:

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento, não incluídos:
> I – moeda nacional e moedas estrangeiras;
> II – moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013;
> III – instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; e
> IV – representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros.
> Parágrafo único. Competirá a órgão ou entidade da Administração Pública federal definido em ato do Poder Executivo estabelecer quais serão os ativos financeiros regulados, para fins desta Lei (Lei nº 14.478/2022).

Os ativos virtuais são representações virtuais de valores que podem ser negociados ou transferidos por meios eletrônicos e utilizados para a realização de pagamentos ou com o propósito de investimento. Sendo assim, são conhecidas como criptoativo ou criptomoedas digitais, que se utilizam de tecnologia segura, e negociação direta com investidores, sem que haja intermediação de uma entidade financeira.

> Criado em 2009, o ***Bitcoin*** (BTC) foi a primeira criptomoeda a surgir, e até hoje é a mais conhecida do público. Mas há outras, tais como ***Bitcoin Cash*** (BCH), ***Ethereum*** (ETH), ***Litecoin*** (LC), ***Dogecoin*** (DOGE), ***Ripple*** (XRP), ***Tether*** (USDT), Cardano (ADA), ***Polkadot*** (DOT), ***Binance Coin*** (BNB) e ***Axie*** Infinity (AXS). Na transferência de fundos de criptomoeda, as operações são registradas em um livro contábil público distribuído chamado *blockchain*, que constitui uma espécie de "protocolo de confiança", e que é a inovação tecnológica que dá suporte aos criptoativos. Tais operações são validadas por todos os usuários e registradas no *blockchain*. E, para garantir ainda mais a sua segurança, elas também são *criptografadas*. Desta forma, é como se cada usuário tivesse um recibo dessa operação armazenado no sistema eletrônico, vale dizer, quando se transfere fundos de criptoativos, a operação é registrada em um livro contábil público, como se fosse uma carteira digital, administrada a partir de um computador pessoal ou dispositivo móvel (Sales, Jusbrasil, 2023).

A tecnologia tem se revolucionado, e transformado as transações financeiras por meio de ativos virtuais, conhecidas como criptomoedas, conforme visto anteriormente, a primeira criptomoeda a ser crida foi o Bitcoin (BTC), e ao longo do desenvolvimento tecnológico financeiro, foram criadas outras espécies.

As formas de aquisições de ativos virtuais podem variar das seguintes formas:

> Aquisição por compra.
> A maneira mais fácil de adquirir criptomoedas é por compra, trocando-as por moedas de curso forçado. A cotação, compra e venda acontece anonimamente pela internet. A criptomoeda é armazenada em uma carteira digital e administrada em um computador pessoal ou dispositivo móvel, sem a necessidade de um intermediário. Por meio da carteira digital é possível realizar várias operações com as moedas digitais. No Brasil, as principais formas de adquirir criptoativos são:
> I.1.2.1. Compra direta.
> É a aquisição de criptoativos diretamente de outra pessoa, ou seja, a operação se dá entre pessoas comuns, como se faz com qualquer outro ativo, sem a intermediação de uma corretora. Já há, no mercado, plataformas próprias para a compra direta das criptomoedas, o que facilita o negócio.
> I.1.2.2. Compra por meio de corretoras [exchange].
> As corretoras, também chamadas de <exchenge>, são pessoas jurídicas cuja atividade preponderante consiste na prestação de serviços de ativos virtuais. Elas atuam na intermediação, negociação ou custódia de operações realizadas com criptoativos, tal como uma corretora de valores mobiliários (ver item II, abaixo).
> II. Prestação de serviços de ativos virtuais.
> O objetivo principal da Lei n. 14.478/2022, estabelecido no art. 1º, é dispor sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais (Sales, Jusbrasil, 2023).

Nesse sentido, as aquisições por meio de prestações de serviços de ativos virtuais, se configura pelas operações realizadas com criptoativos, a negociação ou intermediação, sendo aceitos diversas formas de pagamento, podendo ser outros criptoativos. O artigo 5º, da

Lei nº 14.478/2022, consideram como prestadora de serviços de ativos virtuais como:

> Art. 5º Considera-se prestadora de serviços de ativos virtuais a pessoa jurídica que executa, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais, entendidos como:
> I - troca entre ativos virtuais e moeda nacional ou moeda estrangeira;
> II - troca entre um ou mais ativos virtuais;
> III - transferência de ativos virtuais;
> IV - custódia ou administração de ativos virtuais ou de instrumentos que possibilitem controle sobre ativos virtuais; ou
> V - participação em serviços financeiros e prestação de serviços relacionados à oferta por um emissor ou venda de ativos virtuais (Lei nº 14.478/2022).

Tais moedas possuem um registro atualizado de todas as transações realizadas e mantidas por seus detentores, sendo uma medida de segurança, tornando com que dificilmente seja hackeado ou tenha seus dados vazados. Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, o Código de Defesa do Consumidor e a suprema Carta Magna de 1988, tratam das medidas de segurança.

Quanto aos valores imobiliários, esses foram elencados pelo artigo 2º, da Lei sob o nº 6.385/1976, com a alteração da nova redação pela Lei sob o nº10.303/2001, *in verbis:*

> Art. 2o São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:
> I - as ações, debêntures e bônus de subscrição;
> II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II;
> III - os certificados de depósito de valores mobiliários;
> IV - as cédulas de debêntures;

> V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos;
> VI - as notas comerciais;
> VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários;
> VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes;
> IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros (Lei nº 6.385/1976)

No que tange aos ativos financeiros, o ilustre Rogério Greco leciona sobre:

> Por *ativos financeiros* podem ser compreendidos aqueles que dizem respeito ao patrimônio de uma pessoa física ou jurídica, que se encontram na forma de dinheiro ou mesmo em títulos, que têm a possibilidade de virem a ser liquidados no futuro. Buscou-se, aqui, por meio da expressão ativos financeiros, abranger tudo o que não estivesse contido nas expressões ativos virtuais e valores mobiliários (Greco, 2023, p.726)

Conforme mencionado acima, ativos financeiros são compreendidos como patrimônios que podem ser encontrados como dinheiro ou em títulos que porventura posteriormente possam ser liquidados. Também são considerados ativos financeiros as ações, empréstimos e os seguros.

Nessa modalidade de estelionato é imprescindível que o agente queira obter vantagem ilícita, decorrente de prejuízo alheio, que será

por meio do induzimento ou mantendo alguém em erro, mediante meios fraudulentos. A referida infração é de natureza formal, tendo em vista que a consumação ocorre com a simples prática de uma das condutas elencadas no tipo penal.

O induzimento se refere a conduta do agente ao induzir a vítima, nesse caso, ela é levada a erro, em decorrência da conduta do agente. No que tange a manter em erro, aduz que a vítima já se encontrava em erro, mas pela conduta do agente, mantém a vítima nessa situação.

> O art. 171-A do estatuto repressivo, da mesma forma prevista no caput do art. 171 do mesmo diploma legal, assevera que o agente, na prática do delito, atua mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Assim, tanto o artifício quanto o ardil são considerados espécies de fraudes, tendo o tipo penal se utilizado da chamada interpretação analógica, em que a uma fórmula casuística (artifício ou ardil) segue-se uma fórmula genérica (ou qualquer outro meio fraudulento) (Greco, 2023, p.727)

A classificação doutrinária do sujeito ativo ou passivo poderá ser qualquer pessoa, não necessitando de qualidades especiais. O objeto material do delito é a operação que envolva ativos virtuais, valores imobiliários ou ativos financeiros, e o bem jurídico protegido pelo delito do artigo 171-A, do Código Penal.

Nesse delito, de crime formal, a consumação conforme visto anteriormente, se consuma com a prática dos comportamentos tipificados no tipo penal, sendo assim, pela conduta de organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que versem e envolva ativos virtuais, valores imobiliários ou ativos financeiros de qualquer espécie.

> Dessa forma, a obtenção da vantagem ilícita, em prejuízo alheio, deve ser entendida como mero exaurimento do crime, devendo ser considerada

> quando da fixação da pena-base, prevista pelo critério trifásico de aplicação da pena, apontado no art. 68 do Código Penal (Greco, 2023, p.728).

O dolo é um elemento subjetivo nessa modalidade de fraude, quanto natureza culposa, essa inexiste nesse delito. As condutas tipificadas pressupõem um comportamento comissivo pelo agente, no entanto, não inibe que o delito seja praticado de forma omissiva imprópria, quando o agente na obrigação de garantidor, se isenta de evitar prejuízos causados por outrem à vítima, conforme elucida Rogério Greco.

A fraude com a utilização de ativos virtuais, valores imobiliários ou ativos financeiros, possui a pena de reclusão de 4 a 8 anos, sendo por meio de ação penal de iniciativa pública incondicionada. Nesse caso, será aplicado a imunidade penal de caráter pessoal, conforme dispõe no artigo 181, do Código penal, *in verbis:*

> Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:
> I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;
> II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural (Penal, 1940).

Nesse sentido, tal isenção, não será aplicado quando nos termos dos incisos II e III do artigo 183, do Código Penal, quanto ao estranho que participa do crime, e se caso o crime for praticado contra pessoa idosa.

2. ESTELIONATO CIBERNÉTICO

O ciberespaço é uma realidade virtual, que precipuamente se encontra em frequente evolução, sendo utilizada com grande frequência e de diversas formas pelos usuários. O acesso aos meios de

internet, juntamente com a divulgação de dados, ensejou a necessidade de sua regulamentação, bem como a proteção da privacidade e da intimidade dos indivíduos.

> Para alguns a Internet é um mero instrumento, as opiniões divergem-se por considerar o ciberespaço tanto como um lugar, um estado da mente, ou um meio de comunicação. Existem aqueles que afirmam ser apenas uma rede de dados. Outros, uma expansão do espaço social das relações. Em verdade, na internet, o homem comunica-se, informa-se, educa-se, consome, efetua transações, gera conflitos e até se produzem delitos (Silva, 2015, p. 16).

Com o fenômeno da alta globalização, a internet com sua versatilidade ganhou espaço de forma espontânea, tendo em vista sua facilidade e comodidade na comunicação. O marco da internet ocasionou a quebra de limites e barreiras anteriormente não alcançados, seja entre pessoas, ou até mesmo entre países.

> Fundação Getúlio Vargas elaborou através de seu Centro de Tecnologia e Sociedade, um documento com 10 Princípios e Direitos da Internetque foi lançado no dia 30 de março de 2011, em reunião das Organizações das Nações Unidas (ONU) na Suécia. O documento define os princípios e direitos-chave que devem ser à base da governança e uso da internet. Dentre os dez princípios e direitos estabelecidos estão que a Universalidade e Igualdade e o Direito à Vida, Liberdade e Segurança devem ser protegidos e cumpridos no ambiente online (Freire, 2014).

Vale ressaltar que é extremamente importante que a legislação consiga acompanhar as evoluções tecnológicas, pois conforme os princípios constitucionais, previstos no art. 5º, XXXIX da Constituição

Federal Brasileira de 1988, "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", o princípio da reserva legal e da legalidade, preveem que as condutas que não estejam previstas em lei e aquelas formuladas sem a observância ao devido processo legislativo, não podem ser consideradas crimes.

Sendo assim, até meados do ano de 2012, não havia legislação própria para os crimes cometidos por meio do uso da internet, antes disso como parâmetros de punição eram utilizados a legislação penal existente que permitiam o julgamento de crimes virtuais impróprios, sendo estes crimes já tipificados no ordenamento brasileiro, nos quais os crimes tinham a incidência do uso de computador para a prática do delito.

> A Lei 12.737/2012, sancionada em 02 de Dezembro de 2012 pela então Presidente da República Dilma Rousseff, incrementa mudanças no Código Penal Brasileiro, e tipifica criminalmente os delitos ou crimes informáticos. A presente lei entrou em vigor no dia 02 de Abril de 2013, e tem como pena a reclusão, de um a cinco anos, e multa. Foram acrescidos os arts. 154-A e 154-B:
> Invasão de dispositivo informático Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa (Oliveira *et al.*,2019)

Destarte, com preceito de vedar as lacunas presentes no âmbito do direito digital, a presidente Dilma Rousseff, promulgou a Lei nº 12.695/14, referencialmente reconhecida como o "Marco Civil da internet", ou até por alguns como a "Constituição da Internet".

A referida lei expressa em seu artigo 10 que, ‘’Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”.

> O Marco Civil estabelece diretrizes para tanto para os usuários, quanto para os provedores de internet de todo o país, são estabelecidos nessa lei princípios como: direito a privacidade, neutralidade da rede, liberdade de expressão e etc. Essa iniciativa do governo brasileiro foi vista como excelente, pois o país é um dos pioneiros nesse tipo de legislação. A partir do momento em que a lei começar a vigorar no país, iremos enfrentar outro grande problema, que é a fiscalização dessas leis, fazer com que os direitos e deveres sejam garantidos (Freire, 2014).

Então, conforme elucidado anteriormente, o Marco Civil foi responsável por alcançar as garantias de direito sobre a utilização dos provedores de internet, estabelecendo os princípios, os direitos e deveres a serem seguidos em todo território nacional. Entre os princípios foram estabelecidos o direito à privacidade, a neutralidade de rede, a liberdade de expressão, como também outros institutos.

As normas gerais do crime de estelionato estão previstas no artigo 171, do Código Penal de 1940, a qual denomina a atitude de obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, mediante utilização de artifícios. Inicialmente com pena de reclusão de um a cinco anos, e multa de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

Com o decorrer dos anos e o denso crescimento da população, bem como o desenvolvimento de tecnologias intelectuais, a internet foi sendo utilizada para diversas funções ao longo do dia pelos usuários, com esse avanço, os métodos aplicados pelos agentes no crime de estelionato também se inovaram, sendo configurados crimes virtuais.

Em nosso ordenamento jurídico, a Carta Magna de 1988 é a responsável por resguardar os cidadãos ao direito da inviolabilidade

da vida privada, desse modo, o indivíduo deve se sentir seguro em relação ao preenchimento de seus dados e informações nos meios digitais. Contudo, ainda existem muitas ocorrências de criminosos que utilizam da internet e de suas facilidades para o cometimento de crimes, entre eles, o estelionato qualificado por fraude eletrônica.

> Analisando a Constituição da República Federativa do Brasil, como outra fonte para entender essa problemática, em seu Art. 10, diz: '' são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação"(Freire, 2014).

Desse modo, com intuito de proporcionar uma proteção aos direitos da vida privada e do patrimônio, foi sancionada em 2021 a lei sob o nº 14.155, que proporcionou o acréscimo dos parágrafos §2-A e §2-B no artigo 171 do Código Penal. De acordo com a referida lei, foi majorado as penas do crime de estelionato praticada por meio de utilização de informações fornecidas pelas vítimas, ou que tenham sido induzidas a erro, por meio de redes sociais, sites, ou qualquer outro meio que seja análogo.

A Lei nº 14.155/2021, se refere a alteração das normas de âmbito penal e processual penal. Na esfera penal, tipificou-se e tornou-se mais gravosa a penalidade de algumas práticas do crime de estelionato, trazendo mudanças importantes, no que tange a esfera processual, foi alterado a competência territorial para que as demandas sejam julgadas no domicílio das vítimas.

> Nesse diapasão, os crimes informáticos próprios, também chamados de puros, consistem naqueles que precisam necessariamente da existência do instrumento tecnológico para existir. Do contrário, o crime não ocorrerá. A seu turno, os crimes informáticos impróprios, também chamados de

> impuros são aqueles, em sentido oposto, que não necessitam ou não dependem exclusivamente do meio informático para serem concretizados pois já estão tipificados no código penal. Todavia, a tecnologia é o meio utilizado para a execução destes crimes (Viana *et al.*, 2021, p. 7).

Desse modo, observando as evoluções tecnológicas, e os meios utilizados para o cometimento de delitos, foi crucial a criação de medidas que inibissem as ações praticadas pelos criminosos com utilização de mecanismos tecnológicos. Ademais, é necessário que o ordenamento jurídico esteja se renovado e ampliando os seus conceitos jurídicos, para um melhor amparo dos direitos fundamentais.

2.1. ANÁLISE PROBATÓRIA EM SEDE INQUISITORIAL E PROCESSUAL PENAL

Os crimes cibernéticos, possuem uma grande diversidade e periculosidade de acordo com a maneira que se apresentam. Os crimes ocorridos no meio digital, possuem uma maior dificuldade para averiguação, comprovação do delito e a localização do agente. Em nosso ordenamento jurídico, prevê que não haverá nenhum empecilho quanto a utilização de provas eletrônicas, assim leciona o artigo 225 do Código Civil:

> As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão. (Brasil. Lei nº10.406/2002)

Nesse sentido, como meio probatório em sede inquisitorial e processual penal, serão utilizados meios de provas eletrônicas que corroborem com a situação fática do delito.

> São permitidas no ordenamento jurídico as fotografias, e qualquer outro mecanismo de reprodução mecânicas ou eletrônicas que corroborem com a análise probatória. Cabe citar também da Medida Provisória n° 2.200-1/2001, sendo que a mesma institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP Brasil, a qual já em seu art. 1º versa sobre sua finalidade (Martins, 2018, p. 383)

Sendo assim, no ano de 2020 teve a conversão da Medida Provisória n° 2.200-1/2001 para a Lei nº 14.063/2020, onde passaram a ser reguladas as assinaturas eletrônicas em interação com entes públicos. A assinatura eletrônica é o mecanismo de identificação do signatário de determinado documento, garantido que seja localizado a autenticação da assinatura.

Vale destacar que a assinatura eletrônica não é uma assinatura digitalizada (assinatura convencional). Nesse prisma, a assinatura eletrônica exige um método para confirmação do assinante, por exemplo, *login* e senha, token, códigos, criptografia, dentre outros. Em contrapartida, a assinatura digitalizada, que usualmente é uma simples cópia de uma assinatura feita a próprio punho por meio de processo de escaneamento/digitalização da assinatura, para conferência da autoria do signatário, nesse caso, poderá requerer na via judicial a perícia da assinatura.

As assinaturas eletrônicas são classificadas conforme o grau de sigilo da operação ou transação de documentos. Desse modo, veremos em seguida as classificações:

> Simples: Tem menor grau de confiabilidade. Permite identificar o signatário por meio de associação ou

> anexação de outros dados do signatário em formato eletrônico (por exemplo, o signatário deverá inserir seu nome e CPF, nome e data de nascimento, login e senha). Será admitida nas interações de menor impacto e que não envolvam informações protegidas por grau de sigilo. Avançada: Tem grau de segurança maior que o da assinatura eletrônica simples, com elevado nível de confiança, uma vez que qualquer alteração posterior será detectável. Assinaturas eletrônicas que utilizam certificado digital não emitido pela ICP-Brasil ou outro método de comprovação de autoria e integridade em formato eletrônico, método esse que deverá ser declarado válido ou aceito pelas partes envolvidas (por exemplo, métodos de criptografia). Será admitida nas interações de menor impacto e no registro de atos perante as juntas comerciais. Qualificada: Possui nível mais elevado de segurança e confiabilidade, considerando suas normas, padrões e procedimentos específicos. Assinaturas eletrônicas que utilizam certificado digital emitido pela ICP-Brasil. Será admitida em qualquer interação eletrônica com ente público. A lei ressalta que deverá ser assegurada a possibilidade de revogação ou cancelamento do meio utilizado para a assinatura eletrônica, principalmente nos casos em que for verificado comprometimento de sua segurança ou vazamento de dados. (Molina, 2020)

Nesse sentido, na assinatura eletrônica de classificação qualificada serão utilizados o certificado digital emitido pela ICP-Brasil, para que garanta a segurança e o sigilo das transações que envolvam entes públicos.

Desse modo, o credenciamento serve como um selo de qualidade técnica, e não é preponderante na apreciação da prova, uma vez que o juiz dispõe do Livre Convencimento Motivado, sendo que ele apreciará livremente as provas, conforme dispõe no artigo 155 do Código de Processo Penal. Expressa-se a liberdade do juiz na análise de provas

produzidas em contraditório, sendo vedado o juiz julgar somente com base nas provas acostadas e produzidas na fase de inquérito

Atualmente, as pessoas podem utilizar a assinatura digital e a certificação digital, a certificação digital é um tipo de tecnologia de criptografia a qual se usa uma ferramenta de codificação para envio de mensagens seguras em redes eletrônicas, é um excelente instrumento, tendo em vista que realiza a autenticidade dos documentos virtuais, evitando que os mesmos estejam corrompidos.

> A assinatura eletrônica é uma chave privada, um código pessoal que não pode ser reproduzido, a qual evita que o que se está transmitindo seja lido somente por aquele receptor que possua a mesma chave e é reconhecida com a mesma validade da assinatura tradicional. (Pinheiro, 2010, p.216).

Devido ao aumento desenfreado do uso de computadores e provedores de internet para prática de crimes, foi necessária ampliar os meios de apuração para investigação dos crimes, desse modo, é fundamental uma abordagem mais incisiva para investigação dos incidentes digitais e os crimes cibernéticos.

> É correto afirmar que a computação forense é o processo que investiga crimes cometidos através de qualquer dispositivo de computação, como computadores, servidores, notebooks, smartphones, tablets, dispositivos de rede ou qualquer dispositivo de armazenamento de dados. A perícia examina ataques originados de ransomware, phishing, ataques de negação de serviço (DoS – Denial of Service), entre outros (Soares, 2021, p. 12).

A técnica forense computacional é responsável por investigar, se utilizando de elementos como: computação forense, perícia digital,

análise de hardware quando necessário. Dessa forma, são utilizados técnicas e procedimentos com subsídios científicos para coleta, análise e evidencias que são localizadas nos crimes cibernéticos, conforme elucida o ilustre Dalla Vechia.

Conforme, fora observado, o meio de utilização de coleta e exames das provas é a computação forense, sendo realizado por meio de computadores, celulares, ou dispositivos que armazenem dados.

> É importante destacar que o material apreendido deve ser manuseado ou analisado apenas pelo perito responsável pela investigação, pois é extremamente necessário que ele permaneça íntegro até que os procedimentos adequados de preservação de integridade, de coleta e de análise dos dados e a elaboração do laudo pericial sejam realizados pelo perito (Soares, 2021, p. 23).

Assim, mencionado, uma das características desse método é garantir que as provas obtidas estejam intactas, tal integralidade das provas é de total responsabilidade dos peritos, sendo assegurado que as evidências não sejam alteradas e nem destruídas ao longo das investigações.

Os crimes que utilizam os meios digitais para a sua consumação, apresentam grandes dificuldades de comprovação. Se por um lado há uma grande facilidade na prática do delito por meio dos computadores, por outro lado a verificação dos vestígios exige qualificação técnica especializada, nem sempre disponível em todos os lugares onde se consumou o crime.

Com objetivo de legitimar às provas produzidas nos crimes virtuais, a investigação criminal e a instrução processual demandam procedimentos técnicos alta complexidade. Os profissionais especializados em hardware, software, tráfego e segurança de rede, por meio da realização de exames periciais, apontarão a veracidade dos fatos narrados pela vítima. O êxito da investigação criminal será

resultado da atuação desses profissionais na análise do ambiente onde o crime foi praticado e na constatação da veracidade.

Um dos principais objetivos da prova é a reanalise do momento em que ocorreu a prática do crime e a sua consumação. Os materiais colhidos durante a fase processual são imprescindíveis para o convencimento do juiz, desse modo, a condenação só poderá existir se tiverem a certeza de culpabilidade.

> Principalmente em relação aos crimes virtuais, a correta identificação do acusado é uma grande preocupação, para que a pretensão punitiva seja justa e direcionada àquele que realmente cometeu o crime cibernético. Essa preocupação é ainda maior, em relação a identificação do autor, quando se considera, por exemplo, a facilidade que os criminosos têm em se apropriar de senhas e códigos de acesso alheios e utilizá-los para aplicar golpes financeiros ou invadir sistemas por meio dessa identidade (Malaquias, 2012, p. 66).

Desse modo, é necessário o reconhecimento de autoria, bem como provas consistentes para que não recaia o *In dubio pro reo*, que expressa o princípio da presunção de inocência, que quando da inexistência de provas suficientes que confirmem a autoria do crime, o magistrado irá favorecer o réu.

Conforme a ilustre Patrícia Peck Pinheiro, no âmbito do direito digital, a identificação de um computador é feita por meio do endereço IP (internet protocol). O número IP é atribuído a cada usuário ou internauta para sua identificação, toda vez que uma conexão for estabelecida com a rede mundial de computadores. Além de permitir a identificação virtual, o IP descreve todo o tráfego de rede e acessos feito pelo usuário em determinado período, ficando gravadas.

A identificação das operações praticadas por um indivíduo no ambiente virtual, é realizada pela identificação do endereço IP corresponde à concretização numérica, contudo, a grande diferença é

que esse número identifica o computador e não uma pessoa, após esse procedimento é necessário fazer uma investigação para localização da máquina, bem como identificar quem estava utilizando-a no momento do delito.

> Toda investigação criminal deve considerar as evidências deixadas pelo criminoso cibernético por intermédio do endereço IP. Outra forma de se obter informações de acesso à rede é através do servidor proxy, responsável por armazenar os logs de registro de navegação que identificam os locais acessados pelo usuário, bem como os serviços utilizados, quando a conexão com a rede mundial de computadores é direta. Apesar dessas duas hipóteses investigativas, não há como fazer esse rastreamento, quando o usuário se conecta à rede através de uma conexão indireta, pela qual o internauta fica protegido e usufrui do anonimato on-line para acessar vários conteúdos, utilizando apenas o IP do servidor hospedeiro (Malaquias, 2012, p.65)

Nesse sentido, os peritos especializados, através de uma minuciosa análise da memória de armazenamento dos computadores, equipamentos e software, poderão localizar o criminoso em qualquer lugar, apenas por um número de IP. Por intermédio do rastreamento, consegue-se uma conexão direta com a rede mundial de computadores, logo, se localiza o proprietário do computador e o possível autor do crime.

Portanto, a identificação do criminoso cibernético pode não ser tão fácil, quando se considera que a localização se dará através do endereço IP, que permite a identificação de um computador e não, efetivamente, do autor do delito. A maior dificuldade é para a identificação da autoria, sendo necessário verificar se o proprietário do computador é realmente o sujeito que o operava em determinado espaço de tempo que ocorreu o delito.

Conforme expressa Maciel Colli, como exemplo claro para demonstrar essa dificuldade na identificação da autoria é quando o crime é praticado por meio de um computador de uso público ou de uso compartilhado por uma família de 12 pessoas, dentre maiores e menores de idade, a qual estes não seriam punidos.

Desse modo, a identificação de autoria, não depende somente da descoberta do IP, é preciso realizar uma linha tênue do momento do delito e listagem dos possíveis suspeitos da consumação do crime cibernético, se tornando um desafio para os investigadores.

> Em 30 de novembro de 2012 foi promulgada no Brasil a Lei n. 12.735, cujo art. 4º dispõe que os órgãos da polícia judiciária estruturarão (conforme regulamentação) setores e equipes especializados no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. Trata-se de um reconhecimento do legislador quanto à importância em se ter setores especializados para atuar junto aos criminosos informáticos. Rio de Janeiro, Curitiba, Belo Horizonte e outras cidades também já possuem delegacias especializadas em crimes de informática (Teixeira, 2022, p.237).

A investigação criminal, que é realizada pela polícia judiciária, possui o intuito de reunir elementos comprobatórios do crime praticado para determinar o fato típico e quem foi seu suposto autor, desse modo, a finalidade da investigação é averiguar o delito e sua autoria. A investigação é materializada nos autos, conhecido como fase de inquérito policial.

Nessa fase do inquérito policial, considerado um procedimento administrativo cautelar, de acordo com a previsão legal do antigo 6º, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, *in verbis:*

> Art. 6o Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I

> - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; (Brasil, 1941).

Dessa forma, o inquérito policial poderá ser definido como um procedimento administrativo inquisitório e preparatório que corresponde à realização de um conjunto de medidas realizadas pela autoridade policial, a fim de coletar informações a respeito da autoria e materialidade do delito. Posto isto, o inquérito corresponde a uma investigação e averiguação feita pela polícia judiciária quando da ocorrência de uma infração penal e na tentativa de definir a autoria.

Considerando o caráter instrumental do inquérito policial, no que se destina a esclarecer os delitos praticados, a fim de fornecer subsídios para o seguimento da persecução penal, Renato Brasileiro de Lima atribui duas funções ao inquérito policial: uma função preservadora e uma função preparatória. Enquanto a primeira evita a instauração de um processo infundado, a segunda fornece elementos ao titular da ação penal, para que este ingresse em juízo, além de resguardar meios de prova que poderiam se perder no decorrer do processo.

O contraditório é um dos princípios norteadores do processo penal, pelo qual uma parte que produz determinada prova, logo, é direito fundamental da parte adversa não somente se manifestar a respeito da prova como também produzir prova em contrário que favoreçam a sua defesa.

Lucrécio Rebollo Delgado, reitera que o comportamento ilegal realizado com o auxílio da tecnologia da informação caracteriza-se pela facilidade de ocultação e pela dificuldade de comprovação. A ocultação é uma característica inerente ao crime cibernético na prática, e isso significa que é fácil modificar um programa de uma

forma que seja útil para o criminoso e alterá-lo imediatamente de volta para a versão original para encobrir seus rastros, abandonado no crime. Portanto, se este programa fosse posteriormente objeto de investigação policial, seria difícil apurar a forma como o ato ilícito foi praticado.

Mesmo que sejam presumidas provas de crimes virtuais, este procedimento aplica-se apenas se as provas relevantes que se tornem necessárias para uma condenação futura e as evidências se tornarem suficientes para demonstrar que as provas correm o risco de serem destruídas. Além disso, para serem válidos, o procedimento deve ocorrer sob o controle de uma defesa adversa e abrangente.

Anteriormente, aplicavam-se o artigo 70º do Código Penal para arbitragem de competência, que definia a competência de julgar, sendo o local onde se produziu o resultado da ação ou omissão. No entanto, com a promulgação da a Lei n. 14.155, de 27 de maio de 2021, onde introduziu a efígie da fraude eletrônica (art. 171, §§ 2º-A e 2º-B, do CP), modificou também o artigo 70, do Código de Processo Penal, para abordar a competência para julgamento de algumas modalidades previstos no artigo 171, do Código Penal.

Nesse sentido, o referido diploma legal aduz que a competência se firmará no local de domicílio da vítima e, nos casos em que há incidência de pluralidade, a prevenção será a responsável por determinar o juízo competente.

2.2. ASPECTOS PRÁTICOS REPRESSIVOS E JURISPRUDENCIAIS

2.2.1 REPRESSÃO INVESTIGATIVA

Com o avanço da tecnologia e sua praticidade, tornou-se cada vez mais fácil realizar operações por computadores ou aparelhos telefônicos, no entanto, é necessário ter muita cautela em relação ao compartilhamento de dados e o acesso a sites fraudulentos. Os casos de crimes de estelionato por meio de fraude eletrônica têm aumentado

abruptamente, tendo em vista que o alvo dos criminosos são as pessoas mais vulneráveis, no ano de 2022 foram registrados 1.819.409 casos, conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023.

> Em 2022 os estelionatos alcançaram o recorde de 1.819.409 ocorrências, o que equivale a uma média de 207,7 casos registrados por hora no país. No país como um todo, considerando apenas o período entre 2021 e 2022, o crescimento dos registros de estelionatos é da ordem de 37,9% (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p.96).

A Delegacia Eletrônica tem como intuito, promover aos cidadãos brasileiros uma facilidade no registro e obtenção de ocorrências policiais das naturezas que podem ser registradas pela internet. A Polícia Civil do Distrito Federal, na evidência de minimizar os transtornos que as vítimas têm sofrido, aprimorou seu atendimento adicionando outros crimes, para que haja uma comodidade maior. Sendo assim, é necessário que a vítima guarde todas as provas possíveis para comprovação do delito, dentre essas provas, as mais utilizadas são as fotos, vídeos e documentos em geral.

As delegacias de polícia orientam a população para que não forneçam documentos pessoais e nem efetuem transferências para terceiros, sem antes se certificar pessoalmente ou por meio de ligação telefônica que realmente não se trata de um criminoso tentando obter vantagens ilícitas.

> Hoje, Polícia Federal e Polícias Civis possuem estruturas para atuação contra crimes cibernéticos. Porém, o que é mais relevante é a possibilidade de reunir capacidades institucionais e recursos com novas metodologias de ensino policial. O investimento nas polícias judiciárias, em especial as polícias civis estaduais, é fator estratégico que fará toda a diferença no enfrentamento dos novos arranjos e dinâmicas

> criminais. É necessário que o policial encarregado pela investigação criminal deste tipo de ocorrência esteja familiarizado com o que existe de mais moderno em termos tecnológicos, mas, mais do que qualquer outra variável, seja incentivado à aquisição de múltiplas habilidades e de pensamento crítico. O policial do presente e do futuro é o profissional que seja estimulado a ter pensamento analítico e que não se contente em reproduzir modelos anacrônicos e cartoriais de funcionamento institucional. E, para isso, é preciso valorizar a gestão de pessoas nas polícias brasileiras (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p.96).

Nesse sentido, verifica-se que os policiais possuem estruturas para atuarem contra o crime de estelionato. O investimento nas polícias judiciárias, civis e federais, são de grande extensão, na qual faz total diferença no enfrentamento de novas modalidades de golpes e dinâmicas criminais.

Sendo assim, atualmente, os criminosos têm praticado algumas modalidades de golpes, as quais veremos de forma mais explicativa, verificando os métodos ardilosos e artificiosos que os criminosos têm cometido as infrações e os meios alternativos que a Polícia Civil tem orientado a população.

Os crimes de estelionato pelo WhatsApp, são praticados por meio de envio de mensagens pelo aplicativo WhatsApp, da seguinte conduta:

> Os golpistas descobrem o número do celular e o nome da vítima de quem pretendem clonar a conta de WhatsApp. Com essas informações em mãos, os criminosos tentam cadastrar o WhatsApp da vítima nos aparelhos deles. Para concluir a operação, é preciso inserir o código de segurança que o aplicativo envia por SMS sempre que é instalado em um novo dispositivo.

> Os fraudadores enviam uma mensagem pelo WhatsApp fingindo ser do Serviço de Atendimento ao Cliente do site de vendas ou da empresa em que a vítima tem cadastro. Eles solicitam o código de segurança, que já foi enviado por SMS pelo aplicativo, afirmando se tratar de uma atualização, manutenção ou confirmação de cadastro. Com o código, os bandidos conseguem replicar a conta de WhatsApp em outro celular, têm acesso a todo o histórico de conversas e contatos. A partir daí, os criminosos enviam mensagens para os contatos, passando-se pela pessoa, pedindo dinheiro emprestado (Exame, 2021).

Os crimes de estelionato por meio das compras online, ocorreram devido ao aumento das compras online, com a modernidade e facilidade em comprar no conforto de casa, no entanto, é necessário ter muita cautela. Nessa modalidade de golpe, os agentes atribuem a seguinte conduta:

> Um golpe em que normalmente ofertas muito atrativas chegam por e-mail ou redes sociais como iscas para que os usuários informem seus dados como número de CPF, conta, cartões e senhas. Essas mensagens também podem instalar vírus e aplicativos que roubam seus dados por meio de links maliciosos, permitindo os golpistas acessarem suas contas.
> **Como evitar:** Desconfie de mensagens que você não pediu ou aprovou, e de ofertas em que o desconto é tentador demais. Fique atento ao e-mail do remetente, empresas de grande porte não utilizam contas privadas como @gmail, @hotmail ou @terra e entidades públicas sempre usam @gov.br ou @ org.br. Em caso de links, confira se o endereço da página corresponde ao correto. Em caso de dúvida, não clique (Exame, 2021).

Segundo Parodi (2013, p. 185), diversas vezes, os golpistas criam anúncios de uma determinada mercadoria aproveitando dados fictícios ou roubados, empresas laranja ou fantasmas ou o bom nome de empresas verdadeiras, para ludibriar os clientes e obterem vantagem ilícita.

Os crimes de estelionato por meio de leilões virtuais, ocorrem frequentemente, tendo em vista que pelo baixo valor atribuídos aos bens, são mais atrativos para captar possíveis vítimas. Nesse caso, é de extrema importância que seja verificado o edital do leilão, o nome do leiloeiro, registro na junta comercial, bem como deverá verificar os domínios dos sites.

Os crimes de estelionato por meio da falsa central de atendimento ocorrem quando o fraudador entra em contato com a vítima, e enseja a seguinte conduta:

> O fraudador entra em contato com a vítima se passando por um falso funcionário do banco ou empresa com a qual ela tem um relacionamento ativo. Informa que sua conta foi invadida, clonada ou outro problema e, a partir daí, solicita seus dados pessoais e financeiros. Pode até pedir para que o cliente ligue na central do banco, no número que aparece atrás do seu cartão, mas continua na linha para simular o atendimento da central e pedir os dados da conta, dos cartões e, principalmente, a senha.
> **Como evitar**: se receber esse tipo de contato, desligue e entre em contato com a instituição financeira através dos canais oficiais, de preferência usando o celular ou aplicativos móveis, para saber se algo aconteceu com a sua conta. O banco nunca liga para o cliente pedindo senha nem o número do cartão e também nunca liga para pedir para realizar uma transferência ou qualquer tipo de pagamento (Exame, 2021).

Um golpe que ganhou fama no meio dos estelionatários nos últimos tempos foi o golpe do motoboy, nessa modalidade o golpe ocorre da seguinte forma:

> O cliente recebe uma ligação do golpista que se passa por funcionário do banco, dizendo que o cartão foi fraudado. O falso funcionário solicita a senha e pede que o cartão seja cortado, mas que o chip não seja danificado. Em seguida, diz que o cartão será retirado na casa do cliente. O outro golpista aparece onde a vítima está e retira o cartão. Mesmo com o cartão cortado, o chip está intacto e os fraudadores podem utilizá-lo para fazer transações e roubar o dinheiro da vítima (Exame, 2021).
> **Como evitar:** os bancos nunca pedem o cartão de volta nem mandam portadores até a casa de clientes para buscá-lo. Se receber esse tipo de ligação ou visita, não entregue nada para ninguém e ligue imediatamente para o banco, de preferência de um celular, para saber se há algum problema com a sua conta (Exame, 2021).

Nos crimes de estelionato por meio do golpe da troca do cartão ocorre por funcionários em estabelecimentos comerciais, da seguinte forma:

> Golpistas que trabalham como vendedores prestam atenção quando você digita sua senha na máquina de compra e depois trocam o cartão na hora de devolvê-lo. Com seu cartão e senha, fazem compras usando o seu dinheiro. O mesmo pode acontecer com desconhecidos oferecendo ajuda no caixa eletrônico. Eles se aproveitam de alguma dificuldade sua no terminal eletrônico para pegar rapidamente o seu cartão e depois devolver um que não é seu, ao mesmo tempo em que espiam sua senha.
> **Como evitar:** fique sempre atento na hora das compras. Confira se é mesmo o seu nome impresso

> no cartão devolvido e, se possível, passe você mesmo o cartão na maquininha em vez de entregá-lo para outra pessoa. Nos caixas eletrônicos, procure funcionários do banco devidamente uniformizados, não aceite ajuda de desconhecidos (Exame, 2021).

Além dos casos abordados anteriormente, outros tipos têm se feito presente na sociedade, tais como fraudes financeiras, adulteração de documentos (boleto), venda de produtos ou serviços falsos, empréstimos falsos, fraudes em aplicativos de relacionamentos, golpes de caridade, entre outros.

2.2.2 POSIÇÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os entendimentos consolidados contribuem para uma melhoria na aplicabilidade do processo penal, sendo assim, analisaremos alguns entendimentos sobre o crime de estelionato por meio de fraude eletrônica.

Quanto as pirâmides financeiras, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, consolidou seu entendimento nas hipóteses de crime contra a economia popular por pirâmide financeira, *in verbis:*

> **Info 711: Nas hipóteses de crime contra a economia popular por pirâmide financeira**: a identificação de algumas das vítimas não enseja a responsabilização penal do agente pela prática de estelionato. No caso em análise, a descrição das circunstâncias fáticas que permeiam os ilícitos imputados - crime contra a economia popular e estelionatos - são semelhantes, pois mencionam a prática de "golpe" em que ele e os coacusados induziriam as vítimas em erro, mediante a promessa de ganhos financeiros muito elevados, com o intuito de levá-las a investir em suposta empresa voltada a realizar apostas em eventos esportivos. A diferença está na identificação dos ofendidos nos

> estelionatos. (Superior Tribunal de Justiça, RHC 132.655-RS, 2021).

Nesse sentido, seria posto em contexto a vantagem ilícita adquirida, no caso, há a ocorrência quando o criminoso convence a vítima a investir em um negócio financeiro onde ele irá dispor de uma vantagem financeira muito mais atrativa que a do operador financeiro.

A competência para propositura da ação penal, foi modificada com a promulgação da Lei nº14.155/2021, de forma que se alterou a competência para o local de domicílio da vítima, a alteração contribuiu para que as vítimas tivessem uma facilidade maior, tendo em vista que nem sempre localiza o criminoso ou o seu domicílio, sendo este tema consolidado pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> **Info 706. Competência. Local do domicílio da vítima. Nos crimes de estelionato:** quando praticados mediante depósito, por emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou por meio da transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, em razão da superveniência de Lei n. 14.155/2021, ainda que os fatos tenham sido anteriores à nova lei. (Superior Tribunal de Justiça, CC 181.726-PR, 2021)

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, consolidou seu entendimento no que tange ao estelionato judicial, previsto no artigo 171, §3º do Código Penal, versando sobre a atipicidade da conduta, nesse caso, consistia em impetrar mandados de segurança contra ato da Previdência Social, alegando falsos argumentos e omitindo informações de forma proposital para garantia do benefício.

Desse modo, o entendimento já sedimentado, o chamado estelionato judicial, não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, *in verbis:*

> PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO JUDICIAL. FALTA DE PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. RECONHECIDA, NA ORIGEM, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA QUANTO AO DELITO DO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. RECURSOS PREJUDICADOS, NO PONTO.1. O Tribunal a quo entendeu configurado o delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, in casu, ao argumento de que a conduta praticada por PATRÍCIA, JOSÉ ROBERTO E ALEXANDRE consistira em impetrar mandados de segurança contra ato da Previdência Social deduzindo "falsos argumentos, omitindo propositadamente a circunstância de que o benefício era fraudulento, e postularam o restabelecimento do mesmo pela via judicial, de modo a 'legitimar' a perpetuação de um delito"(e-STJ fl. 3.166). 2. Todavia, segundo a vasta e há muito sedimentada jurisprudência desta Casa, o chamado estelionato judicial não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio. 3. Com efeito, a atividade exercida pelo advogado em juízo não pode ser considerada típica inclusive quando, por meio dela, o profissional utiliza-se de falsas ou teratológicas assertivas ou mesmo de adulterada documentação, uma vez que o direito de ação constitucionalmente garantido deve ser exercido de forma ampla e indistinta. Ademais, há que se destacar que eventuais atitudes ilícitas ocorridas durante o processo, perpetradas pelas partes ou seus patronos, podem constituir ilícitos civis ou crimes outros, apurados de forma autônoma. Precedentes. 4. Quanto ao crime previsto no art. 288 do Código Penal,

> o pedido de absolvição postulado por JOSÉ ROBERTO E ALEXANDRE está prejudicado, uma vez que, na origem, foi extinta a punibilidade dos recorrentes pela prescrição da pretensão punitiva. 5. Recurso especial de PATRÍCIA ESTEVES DE PINHO provido para absolvê-la do delito de estelionato, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Recurso especial de JOSÉ ROBERTO NEVES DA SILVEIRA parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para absolvê-lo do delito de estelionato nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Agravo de ALEXANDRE SFRAPPINI conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento a fim de absolver o recorrente do delito de estelionato nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. (REsp 1392424/RJ)

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, decidiu que a inovação trazida pela Lei 13.964/2019, que modificou a natureza da ação penal para pública condicionada à representação, teve como parâmetro o seguinte fundamento "[...] é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado", *in verbis:*

> AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SEGUNDA TURMA QUE ORIENTA A MATÉRIA SOB EXAME. ESTELIONATO. LEI 13.964/2019. ART. 171, § 5º, CP. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. REPRESENTAÇÃO. I – A decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a

> jurisprudência desta Segunda Turma que orienta a matéria em questão. II – A inovação trazida pela Lei 13.964/2019, que alterou a natureza da ação penal para pública condicionada à representação, "[...] é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado" (ARE 1.249.156/SP-AgR-ED, rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma). III – Agravo a que se nega provimento.

(HC 215010 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 07-06-2022 PUBLIC 08-06-2022).

A segurança pública é de extrema relevância, tendo em vista que possui o papel de alertar a população, de forma que possa inibir a conduta dos agentes que praticam o crime de estelionato por meio de fraude eletrônica. Os entendimentos jurisprudenciais contribuem para uma melhor execução das normas do ordenamento jurídico, de modo que auxiliam na interpretação e na celeridade processual.

2.3. CIBERSEGURANÇA E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

Com o passar dos anos e o aumento das inovações tecnológicas, a internet se tornou uma atribuição importantíssima para os usuários, entregando conteúdo e tecnologia de ponta, devido a sua grande capacidade de disseminação e amplo alcance. No entanto, em contrapartida, os dados pessoais ficaram vulneráveis e acessíveis a infratores, nesse sentido, para inibir tais atitudes, as legislações e as normas vigentes têm se inovado e se posicionado para garantir aos usuários um acesso seguro.

> Por conta disso, diversos países em todo o mundo passaram a criar legislações específicas para a proteção dos dados pessoais. Tais normas cumprem dois objetivos práticos: (i) asseguram os direitos dos titulares de dados pessoais; (ii) apontam boas práticas e regras claras para as organizações públicas e privadas que realizam o tratamento de dados pessoais (Pinheiro, 2021, p.31).

A cibersegurança tem como uma de suas funções proteger os sistemas, redes e equipamentos de possíveis invasões, evitando que informações pessoais e dados bancários sejam vazados ou violados. Posto isso, por meio do monitoramento das tecnologias da informação e dos recursos de segurança, sendo assim, as organizações garantem um melhor mapeamento da utilização da internet, dos softwares e hardwares.

As organizações que aplicam boas políticas de cibersegurança conseguem controlar de forma mais incisiva as atividades realizadas, as páginas acessadas, bem como a restrição de acesso a sites perigosos, que porventura possam vir convergidos de vírus, ocasionando posteriormente o hackea mento de sites corporativos, ou até mesmo contas de redes sociais.

> Para que uma organização tenha uma boa postura em segurança da informação, é necessário implementar um Sistema de Gestão de Segurança da Informação (SGSI). Para que uma organização tenha uma boa postura em segurança da informação, é necessário implementar um Sistema de Gestão de Segurança da Informação (SGSI) (Pinheiro, 2021, p.31)

A Lei Geral de Proteção de Dados, promulgada em 2018, tem como preceito garantir a segurança jurídica à sociedade, de forma que regulamente as relações, promovendo uma maior segurança nas operações. Desse modo, a lei leciona em seu dispositivo direitos

fundamentais aos titulares dos dados e ao tratamento dos dados, sendo orientado ao usuário o seu acesso, as possíveis alterações, a revogação de consentimento, não discriminação no uso dos dados e revisão das decisões automatizadas.

> Emitir o RIPD11 é uma obrigação imposta às organizações pela LGPD,12 e pode-se dizer que a adoção de tal procedimento também faz parte da implementação de um bom SGSI.
> De forma resumida, os Relatórios de Impacto de Proteção de Dados são documentos em que há a descrição dos procedimentos adotados pela organização no que diz respeito aos aspectos que podem gerar riscos às liberdades civis e às medidas de mitigação de riscos no tratamento de dados pessoais (Pinheiro, 2021, p.36)

A emissão de relatórios de Impacto de Proteção de Dados (RIPD), tornou-se obrigatória após a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, sendo uma obrigação imposta para que as organizações apresentem documentos com as descrições dos procedimentos adotados pelas empresas.

> Para que todas as atividades relacionadas à conformidade em proteção de dados sejam realizadas de maneira mais organizada e controlada, é necessário construir um Comitê de Proteção de Dados. Deste modo, é possível garantir a centralização das informações, a otimização dos procedimentos e a agilidade na resolução de problemas (Pinheiro, 2021, p.37).

Conforme mencionado pela Patrícia Peck Pinheiro, o comitê de proteção de dados é fundamental para que garanta o acesso à informação, bem como sua organização e a otimização nos

procedimentos e nas resoluções de eventuais problemas, tal comitê, é responsável por realizar a comunicação entre a organização e as autoridades nacionais.

> Os Sistemas de Gestão de Segurança da Informação (SGSI) são sistemas corporativos que abrangem todos os processos organizacionais ou parte deles e buscam proteger as informações da empresa dentro dos critérios de confidencialidade, integridade e disponibilidade (CID) da organização. Neste sentido, os SGSI traduzem-se em planos, estratégias, políticas, medidas e controles voltados para a segurança da informação que têm o intuito de implementar, monitorar, analisar, manter e melhorar a segurança da informação corporativa. (Pinheiro, 2021, p.41)

Dessa forma, verifica-se que os sistemas corporativos incluem todos os processos organizacionais com intuito de proporcionar uma segurança quanto as informações da empresa, utilizando-se de critérios extremamente importantes, como a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade que a organização pode fornecer aos seus usuários.

No que tange aos princípios norteadores, a confiabilidade se refere a garantia que a informação fornecida pelo titular será restrita e devidamente guardada, quanto a integridade, está garante que a informação será preservada em sua exatidão; se tratando do princípio da disponibilidade, será garantido que os usuários titulares da informação, possam ter sempre o acesso a suas informações.

> Por conta disso, há a necessidade da criação de políticas, padrões e procedimentos dentro de cada corporação. Por meio desse escopo de ações e práticas voltadas à segurança da informação, é possível assegurar que a empresa atenda às suas necessidades internas e ainda esteja em conformidade com as

> obrigações legais e contratuais que tem com o Estado e com seus clientes (Pinheiro, 2021, p.44)

Resta claro que a regulamentação e a criação de políticas internas nas organizações são essenciais ao processo de segurança das informações, visando que a empresa mantenha os dados bancários e as informações pessoais invioláveis. Sendo assim, é necessário que a gestão da empresa mantenha a correta aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados, de modo que haja transparência e um processo seguro.

O código de ética na segurança da informação tem como intuito prevenir os desvios de comportamentos compatíveis com a devida segurança da informação durante o período em que o colaborador estiver na organização e quando se desliga, sendo reguladas pela ISSO/IEC 27001.

> A norma técnica que apresenta as práticas da gestão de segurança de informação é a ISO/IEC 27001. Por ela, é possível entrar em contato com as melhores práticas para estabelecer um SGSI, com a possibilidade ainda de avaliar e certificar os controles implementados, o que traz mais segurança para a empresa do ponto de vista dos processos internos e melhora a sua imagem junto aos clientes em relação à segurança da informação (Pinheiro, 2021, p.44)

No ambiente digital as plataformas de redes sociais estão presentes na vida de uma grande parte da sociedade. É evidente que as redes sociais não são utilizadas somente com fins de aproveito pessoal, muitas corporações têm utilizado as redes sociais, com criações de perfis para suas marcas, proporcionando um contato mais íntimo e frequente com seus colaboradores. Desse modo, deverá ser direcionado algumas informações: como a definição da rede social para fins corporativos, diretrizes de utilização da rede social de

uso corporativo, diretrizes quanto aos comportamentos proibidos, responsabilidade das áreas envolvidas, entre outros

Quando se trata da divulgação de informações da organização por parte dos colaboradores para fins particulares, é necessário que a empresa forneça algumas diretrizes e recomendações gerais, quanto ao uso das redes que a vincule, de forma que a organização não tenha prejuízos.

Desse modo, em conformidade com o Marco Civil da Internet, por meio da Lei 12.965/2014, na forma do seu art. 7º, aduz sobre os contratos de prestações de serviços:

> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
> [...]
> VI – informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;
> [...]
> VIII – informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:
> a) justifiquem sua coleta;
> b) não sejam vedadas pela legislação; e
> c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; (Lei 12.965/2014)

As estratégias de gestão de ricos da segurança da informação, deverá ser contínua, é de extrema importância que haja investimentos na estruturação do sistema de gestão corporativa. O vazamento de informações, atinge diretamente a confidencialidade dos dados do

usuário fornecido a empresa, levando o comprometimento de controle de segurança das informações.

> Esses dados normalmente são capturados a partir de uma relação comercial que prevê a troca de produtos e serviços por remuneração em valor financeiro. São costumeiramente dados necessários para a viabilidade da transação comercial, uma vez que emissor e receptor precisam se identificar, conectar, produzir documentos fiscais e enviar e receber tais documentos de forma física ou eletrônica (Pinheiro, 2021, p.79).

As informações violadas podem acarretar consideráveis prejuízos patrimoniais, uma vez que as transações frequentemente se desenrolam conforme os métodos tradicionais nas organizações, demandando a coleta de dados de identificação dos clientes, frequentemente incluindo informações bancárias.

2.4. PREVENÇÃO DELITIVA E PROPAGANDAS EMPRESARIAIS

No que tange a prevenção delitiva do crime de estelionato, as instituições financeiras que autorizam a abertura de contas sem criar mecanismos de controle das movimentações financeiras e da autenticidade dos documentos têm o dever de indenizar o consumidor prejudicado.

> Quando se diz responsabilidade objetiva, o recado é direto quanto a não ser possível discutir culpa para satisfazer o lesado. As vítimas de danos injustos reivindicam os seus direitos e, por vezes, não são indenizadas, apesar de seus excelentes fundamentos, e isso acontece porque não se faz prova da culpa do réu, como exigido pelo artigo 333, I, do CPC, nas demandas típicas da responsabilidade subjetiva

> prevista no art. 186 do CC. Algumas situações, contudo, recebem tratamento diferente e isso se deve a uma revolucionária evolução dos sentidos nessa área do direito, a partir do reconhecimento da desnecessidade de a vítima provar a culpa para obter a reparação do dano em situações em que o exercitar um fato ou o realizar um serviço provocam riscos para os sujeitos que se relacionam aos seus expedientes (Migalhas, 2012).

Nesse sentido, as entidades financeiras respondem por todo o constrangimento causado à vítima da fraude, ao remunerá-lo com indenização por danos morais e materiais, por ter sido cúmplice da fraude. A entidade financeira que ao permitir que um terceiro abra a conta em seu sistema bancário, para receber certa quantia, e não lhe é requisitado nenhuma informação de comprovação, a instituição financeira assume o risco de possíveis fraudes.

> Cabe também relembrar que a Lei nº 9.613/1998, que dispõe sobre a prevenção de crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens por meio do sistema financeiro, obriga a instituição financeira a tomar providências para identificação dos clientes, manutenção de seus cadastros atualizados e minuciosa análise das operações financeiras e do perfil do cliente (Trindade, Jusbrasil, 2023).

A Lei sob o nº 9.613/1998, tem como intuito impor que as instituições financeiras providenciem meios para identificação dos clientes, é certo que tenham a conduta de manterem os dados de seus clientes atualizados, bem como a análise de suas operações financeiras ao longo de sua parceria.

Nesse sentido, o Banco Central emitiu a Circular nº 3978 de 23 de janeiro de 2020, na qual consolidou que os procedimentos relativos à Lei nº 9.613/98, que as instituições financeiras deverão colher e

manter os cadastros de seus clientes atualizados, bem como só poderá realizar alguma negociação quando estiver com todos os documentos que comprovem que realmente aquela pessoa é titular da conta.

> O Capítulo V da Circular nº 3978/2020 denomina-se "Dos Procedimentos Destinados a Conhecer os Clientes", título este que indica explicitamente a obrigação da instituição financeira de "conhecer" e ter dados e informações de seus clientes. A Circular nº 3978/20 do Banco Central expressamente exige da instituição financeira coleta de informações sobre a origem dos recursos e a atividade econômica do cliente. Neste cenário, antes de autorizar indiscriminadamente a emissão de boletos bancários pelos correntistas, deveria a ré, ao menos, analisar o perfil do cliente para, se for o caso, assentir na prática ora em questão, evitando ou ao menos reduzindo o risco destas fraudes tão corriqueiras e evitando que a sua conta bancária seja utilizada para a prática de crimes. As instituições concorrem para o evento danoso e deveriam adotar medidas que necessárias e suficientes para impedir a atuação do terceiro fraudador, promovendo a segurança necessária dos serviços prestados ao consumidor (Trindade, Jusbrasil, 2023).

Para reduzir as ocorrências de fraudes, a instituição financeira deverá coletar de seus clientes informações sobre a origem de seus recursos e sua atividade econômica, de modo que seja realizada uma análise minuciosa antes da emissão de boletos bancários.

Foi publicado pela Segunda Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a Súmula 479 na qual aduz que, "as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias". Desse modo, quando a instituição financeira ocupa a posição de sujeito passivo, está possui o dever de indenizar,

independente de demonstração de culpa e sim de risco profissional, sendo assim, é posto em contexto a instabilidade de segurança que a instituição proporciona aos clientes.

> Não há o que se falar em controle sem citar a Resolução 2.554/1998 do Banco Central do Brasil, que dispõe exatamente sobre a implantação e implementação de "sistema de controles internos" nas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Neste contexto, sistema não significa tão somente uma ferramenta de informática, mas sim o conjunto de medidas utilizados por uma instituição para controlar suas atividades.
>
> Uma das atividades preventivas mais importantes no âmbito de controle é o monitoramento. Podemos dizer que o monitoramento é a ferramenta para controlar determinada atividade e, na medida em que tomamos conhecimento do que está sendo realizado dentro de nossas instituições (bancos) e de que forma, temos condição de saber se seguem o padrão estabelecido tanto pelas regras internas quanto por aquelas estabelecidas pelos órgãos reguladores.
>
> Monitorar nada mais é do que acompanhar e consequentemente, avaliar se a atividade realizada está dentro do esperado (Trindade, Jusbrasil, 2023).

Nesse sentido, conforme observado acima, o Banco Central do Brasil impôs algumas orientações e procedimentos a serem seguidos pelas instituições financeiras, o monitoramento é a ferramenta mais importante para prevenção e controle, com intuito de controlar as atividades, e verificar se estão saindo dentro do padrão esperado pelas regras internas.

Portanto, para que seja analisada foi estipulando alguns critérios como operações acima da capacidade financeira e patrimonial do cliente, quantidade de operações realizadas ao longo do mês, e

operações realizadas que destoam do comportamento habitual do cliente.

> A Circular nº 2852/1998 do Banco Central do Brasil, determina que as instituições financeiras devem promover treinamento para que seus funcionários saibam detectar operações que caracterizem indícios de ocorrência dos crimes.
> O normativo não dispõe sobre como o treinamento deve ser feito, dando liberdade às instituições para elaborá-lo da forma que entender apropriado.
> A recomendação, entretanto, que todas as pessoas sejam treinadas, independente do segmento em que atue. Este treinamento pode ou não ser diferenciado, podendo ser direcionado de maneira específica para as pessoas que atuem diretamente com clientes ou em áreas mais sensíveis e de maneira mais genérica à outras áreas de suporte. Assim, independente da forma como o treinamento será conduzido, é importante que a disseminação sobre o assunto seja transmitida em todos os níveis da instituição.
> Por não haver uma metodologia estabelecendo como o treinamento deve ser ministrado, existe uma gama de possibilidades que podem ser adotadas para o treinamento. Assim, além das técnicas habitualmente utilizadas (que são: o treinamento presencial ou o treinamento on-line, técnicas estas que recomendamos a adoção), outras formas adicionais de conscientizar os funcionários acerca da importância do tema podem ser utilizadas. Citamos como exemplo: avisos na intranet da instituição, divulgação por e-mail ou em quadros de aviso sobre temas de interesse, informativos ou publicações nos jornais, palestras com consultores externos, divulgação de vídeos e reportagens, entre outros (Trindade, Jusbrasil, 2023).

Nos treinamentos são aplicados alguns métodos de repressão contra atitudes fraudulentas, é imposto que saibam os aspectos da legislação federal e do banco, formas de comunicação de casos suspeitos, sistemas e ferramentas de controles na instituição, a importância do monitoramento das transições, e as penalidades impostas pela legislação à instituição e aos administradores.

Recentemente, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil aprovaram uma norma na qual as instituições financeiras passarão a compartilhar informações sobre indícios de fraudes, tal norma começou a produzir efeitos a partir de novembro de 2022. O intuito da norma é prevenir golpes financeiros, sendo assim, foi desenvolvido pelo Banco Central um sistema operacional para que as instituições possam registrar e consultar dados e indícios de ocorrências, ou no caso mais utilizado de tentativa de fraudes.

> Os indícios de fraudes informados deverão conter: Identificação de quem, segundo os indícios disponíveis, teria executado ou tentado executar a fraude, quando aplicável; Descrição dos indícios da ocorrência ou da tentativa de fraude; Identificação da instituição responsável pelo registro dos dados; Identificação dos dados da conta destinatária e de seu titular, em caso de transferência ou pagamento de recursos (Martello, G1, 2023)

Posto isso, a norma foi editada pensando em resguardar a segurança dos clientes, tendo em vista a expansão dos meios digitais para realizações de operações financeiras, bem como transferências e pagamentos. Com consequência dessa desenfreada expansão digital, também teve um aumento regressivo nas ocorrências de fraudes, golpes e crimes cibernéticos, com utilização das plataformas digitais.

As propagandas publicitárias com teor repressivo são de extrema importância para a segurança dos clientes e das instituições financeiras, elas auxiliam na identificação de golpes, conhecer o funcionamento

e as modalidades das fraudes que estão sendo aplicadas facilitam na identificação de abordagens suspeitas.

Nesse sentido, o Banco do Brasil verificou a necessidade de investir nas propagandas digitais, no quesito de segurança financeira e digital. Desse modo, para garantir que a mensagem consiga conscientizar os usuários, é necessário que acompanha seja didática e que chame a atenção para o assunto de alerta de golpes e fraudes.

> "Saber como se proteger é fundamental e a informação é o nosso principal aliado na prevenção a fraudes e golpes. Por essa razão o Banco do Brasil sentiu a necessidade de investir na disseminação da cultura de segurança digital", diz o executivo.
> Abordar golpes e fraudes como mote de campanha publicitária requer uma mensagem que consiga, ao mesmo tempo, ser didática e chamar a atenção para o assunto. Duda, da Lew'Lara, comenta que comerciais e anúncios sobre esse tema precisam ter um tom leve e direto.
> "Vivemos cada vez mais no automático. São muitas telas, informações e tarefas na nossa rotina diária. Isso favorece a maioria dos golpes no Brasil, que usam momentos de desatenção para conseguir informações confidenciais ou induzir a erros" (Sacchitiello, Meio&mensagem, 2023)

Além disso, o Banco do Brasil enfatiza em suas campanhas que são diversos os tipos de fraudes que os agentes têm praticado. Por esse motivo, o símbolo de suas campanhas é o sinal amarelo, para que a pessoa fique em alerta e reflita, quando estiver diante de uma situação duvidosa.

O banco Itaú também tem se posicionado quanto aos golpes e fraudes bancárias; o banco colocou no ar vários vídeos simulando algumas práticas de golpes e as formas de repressão necessárias para evitar. A mensagem transmitida tem o intuito de em qualquer suspeita

de golpe, vá direto a uma agência do banco e verifique a veracidade da ligação:

> Uma pesquisa da Serasa Experian apontou que só em maio de 2022 houve mais de 331 mil tentativas de fraude no Brasil, o que representa uma ocorrência a cada 8 segundos. De acordo com a Febraban, 70% dos casos acontecem por meio da engenharia social, que é a manipulação comportamental e psicológica de uma vítima em potencial (Febraban, 2021).
> As modalidades de golpes são as mais variadas, e atingem pessoas de diferentes faixas de idade e renda. Além disso, os criminosos se aproveitam da correria do dia-a-dia, que gera distração e dispersão. Outro ponto utilizado é a crença de que esse tipo de coisa "só acontece com os outros" por parte das vítimas (Febraban, 2021).

De acordo com os dados apontados anteriormente, por meio de pesquisa do Serasa Expirian, foi possível constatar que as tentativas de fraldes bancárias no Brasil tiveram um grande aumento em decorrência aos anos anteriores, verifica-se que esse aumento está totalmente ligado com os avanços tecnológicos.

Dessa forma, resta evidente que as disseminações de propagandas empresariais, com teor informativo e repressivo de condutas ilegais, se tornem mais frequentes, de modo que os usuários estejam mais informados e conscientizados quanto aos crimes que estão sujeitos com a utilização de tecnologias.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, a pesquisa apresentada aprofundou-se em demonstrar que o crime de estelionato, tipificado no artigo 171, do Código Penal Brasileiro, se faz presente em nossa sociedade, se sobressaindo com altos índices de ocorrências por todo território

nacional. Foi analisado todo o contexto que envolve as condutas delitivas do crime, ora apresentado, de modo que foram observadas doutrinas, jurisprudências e bases textuais sobre as condutas dos agentes, bem como as modalidades do crime de estelionato e suas penalidades.

O estelionato cibernético é um crime que modificou sua tipificação penal devido os avanços tecnológicos, os quais representam um grande desafio para a sociedade atual, uma vez que as transações financeiras e a comunicação empresarial estão sendo cada vez mais realizadas por intermédio da internet. O estelionato por meio de fraude eletrônica tem um impacto significativo nas vítimas e na sociedade em geral, incluindo perda de dinheiro, roubo de identidade, danos à reputação e até mesmo ameaças à segurança física das vítimas.

Por conta do aumento desenfreado de acessos dos usuários da internet, muitos criminosos têm-se utilizado dessa condição ao seu favor, empregando a utilização de artifícios ardis e severos para a consumação do delito. Com os avanços tecnológicos, no âmbito financeiro, com a criação dos ativos digitais, que se referem a moedas virtuais criptografadas, tem sido ultimamente alvo de golpes por parte dos agentes. Sendo assim, verifica-se que os meios utilizados pelos agentes também se inovaram com os avanços tecnológicos.

No que tange a normativa jurídica brasileira, estão sendo aplicados conforme disposição em lei, dessa forma, ocorre que, os agentes se utilizam de meios inovadores e fraudulentos para ludibriar as vítimas. As inovações inseridas pela Lei n° 14.155/2021, que acrescentou alguns parágrafos, como o 2-A e 2-B, no artigo 171 do Código Penal, no qual majorou as penas do crime de estelionato por meio de fraude eletrônica. Ao longo da redação da lei, foi introduzida a mudança das regras de competência para o julgamento nos crimes de estelionato, transferindo a competência de julgamento para o domicílio da vítima, conforme inclusão do §4º do artigo 70 ao Código de Processo Penal.

Assim, respondendo a problemática inicial de pesquisa, as mudanças normativas inseridas pela supramencionada lei foram de

extrema importância no combate a crimes virtuais. Sendo assim, vale frisar que ainda há uma grande dificuldade na identificação dos criminosos, restando nítido que o Brasil ainda padece de alterações legislativas e de treinamentos especializados dos investigadores nos crimes virtuais, de modo de encontre o agente da ação, bem como haja a aplicação da penalidade para coibir a prática de tais crimes. Desse modo, tal ineficiência se demonstra pelo fato de que as investigações sobre os crimes virtuais no país não são totalmente eficientes e os resultados são expressivamente negativos, mesmo diante das inovações legislativas referenciadas pela Lei nº 14.155/2021.

Enfim, é visível que a legislação brasileira tem evoluído na tipificação dos crimes cibernéticos, entretanto, ainda sim com sanções que majorem as penas, os índices de ocorrência do crime de estelionato têm se mantido em alta, vale ressaltar que as normas caminham no sentido de coibir a prática dos crimes virtuais. Nesse sentido, resta claro para que haja a diminuição dos índices criminais, o Estado deve se comprometer em implementar novos métodos de investigação e melhorar os recursos digitais e tecnológicos que estão à disposição das autoridades.

Muitos golpes são aplicados contra pessoas vulneráveis ou idosos, sendo alvos considerados fáceis, por estarem desamparados de seus familiares ou por não saberem lidar com os meios tecnológicos. Além desse público, os estelionatários, procurar adotar suas condutas delituosas, quando as vítimas não estão totalmente atentas a todas as informações e dados suscetíveis a eles.

Nesse prisma, para que haja uma redução nos casos de estelionato, é necessário adotar uma abordagem diversificada, que envolva a educação e conscientização do usuário na utilização de meios tecnológicos, o uso de boas práticas de segurança no ambiente digital, a utilização de ferramentas e tecnologias para prevenção de delitos, é de extrema importância que as empresas e os órgãos governamentais adquiram um protocolo de utilização de proteção de dados, atualmente imposta pela Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD.

Observa-se que ainda estão presentes muitos desafios, para coibir as práticas delituosas no ambiente digital, é importante investir em tecnologias e soluções de segurança mais avançadas, bem como em programas de educação e conscientização dos usuários de forma mais eficaz. Deste modo, é interessante que as empresas e entidades, trabalhem em conjunto com a polícia para que consigam disseminar informações importantíssimas, que orientem os usuários a estarem mais atentos e protegidos no âmbito virtual.

Desta maneira, resta demonstrado não só a importância de garantir a segurança aos usuários, como também o direito da inviolabilidade da vida privada, conforme fundamento legal da Carta Magna de 1988. Afinal, reitera-se: a problemática de pesquisa foi confirmada, tendo em vista que foi demonstrado a ineficiência das normas jurídicas brasileiras, quanto ao crime de estelionato e suas modalidades, pois há a incidências de falhas nas empresas e nos órgãos governamentais e a necessidade de aprimoramento dos procedimentos na fase de investigação.

Em última análise, ressalta-se que os objetivos do presente artigo foram alcançados e permitiu analisar a suposta eficácia da norma jurídica no crime de estelionato envolvendo as relações empresariais, tendo em vista que restou evidente que a norma jurídica tem sido ineficaz quando se atenha que as penas foram majoradas, mas os índices de ocorrências do crime de estelionato em suas diversas modalidades têm sido altamente maiores do que antes da promulgação da Lei sob o nº 14.155/2021. Ademais, a metodologia e as referências utilizadas foram suficientes e adequadas para o desenvolvimento da pesquisa.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA, Concursos Jurídicos, **Crime de estelionato e entendimentos do STJ**. Jus Brasil, 2021. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/crime-de-estelionato-e-entendimentos-do-stj/1328474585. Acesso em 30 set. 2023.

AVELAR, Michael Procopio. **Lei 14.155/2021: a fraude eletrônica e outras alterações no Código Penal**, Estratégia Concursos, 2021. Disponível em: https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-14-155-2021-a-fraude-eletronica-e-outras-alteracoes-no-codigo-penal/. Acesso em 22. ago. 2023.

BANCOS, Federação Brasileira. **Bancos fazem campanha contragolpes financeiros. Veja como evitá-los**. Exame Invest, 2021. Disponível em: https://exame.com/invest/minhas-financas/bancos-fazem-campanha-contra-golpes-financeiros-veja-como-evita-los/. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet; e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para definir a competência em modalidades de estelionato. Brasília, 27 de maio de 2021; 200º da Independência e 133º da República.

BRASIL. **Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022.** Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe

sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições. Brasília, 21 de dezembro de 2022; 201º da Independência e 134º da República.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181 o da Independência e 114 o da República.

BRASIL**. Lei nº 13.228, de 28 de dezembro de 2015**, Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer causa de aumento de pena para o caso de estelionato cometido contra idoso. Brasília, 28 de dezembro de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

BRASIL. **Código Penal**. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República.

BRASIL. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976,** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, 7 de dezembro de 1976; 155º da Independência e 88º da República.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941; 120º da Independência e 53º da República.

BERMUDES, Carlos. **Reconhecimento da bagatela no crime de estelionato contra entidade de direito público**, Canal Ciências Criminais, 2022. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/crime-de-estelionato-entidade/https://canalcienciascriminais.com.br/crime-de-estelionato-entidade/. Acesso em 23. ago. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CORREIA, Maurício **ESTELIONATO: Aplicação da lei 14.155, de 2021 e a mudança de competência**. Jus Brasil, 2021. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/estelionato-aplicacao-da-lei-14-155-de-2021-e-a-mudanca-de-competencia/1240602313. Acesso em: 23 set. 2023.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal** – Parte Especial – arts. 121 a 212 – Vol. 2. 22ª edição. São Paulo. 2022.

DIREITO, Escola Brasileira. **Princípio do livre convencimento motivado: análise do artigo 155 do Código de Processo Penal**. Jus Brasil, 2017. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/principio-do-livre-convencimento-motivado-analise-do-artigo-155-do-codigo-de-processo-penal/476617952. Acesso em: 23 set. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em 10 out. 2023

FREIRE, Ueslei, **O direito e a internet**. Jus Brasil, 2014. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-direito-e-a-internet/148181085. Acesso em: 23 set. 2023.

GOMIDE, Amanda, **Nova lei que regula a assinatura eletrônica de documentos públicos**, Molina Advogados, 2020. Disponível em: https://molina.adv.br/2020/09/nova-lei-regula-a-assinatura-eletronica-de-documentos-publicos/. Acesso em 23 set. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Artigos 121 a 212 do Código Penal**. V.2/ - 20. ed. rev. E atual. - Rio de Janeiro: Atlas, 2023.

LIMA, Ana Paula Canto, **LGPD Aplicada**. São Paulo: Atlas, 2021.

LIMA, Kaique. **Itaú divulga campanha de prevenção contra fraudes bancárias**. Canal Tech, 2022. Disponível em: https://canaltech.com.br/seguranca/itau-divulga-campanha-de-prevencao-contra-fraudes-bancarias-224789/. Acesso em: 01 out. 2023

LIMA, Karina. **Itaú divulga campanha de prevenção contra fraudes bancárias**. Terra, 2022. Disponível em: https://www.terra.com.br/byte/itau-divulga-campanha-de-prevencao-contra-fraudesbancarias,c54dc14a39e98542f79bfacd543078f94u3drgqu.html#:~:text=H%C3%A1%20algumas%20semanas%2C%20o%20Ita%C3%BA%20tem%20veiculado%20uma,de%20responder%20de%20forma%20segura%20a%20esses%20golpes. Acesso em: 10 out. 2023.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Crime Cibernético e Prova – A investigação criminal em busca da verdade**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

MARTELLO, Alexandre. **Bancos terão de compartilhar informações para evitar golpes financeiros, decidem BC e CMN.** G1 Globo, 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/05/23/bancos-terao-de-compartilhar-informacoes-para-evitar-golpes-financeiros-decidem-bc-e-cmn.ghtml. Acesso em: 01 out. 2023.

MARTINS, Pedro Batista; GUIMARÃES, Luiz Machado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo. Forense, v.2. 1941.

NORONHA, Edgard Magalhães apud NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 6ª edição. São Paulo. Juspodvm 2010.

OLIVEIRA, Bárbara Annara Abreu; SILVA, Mikaela Gonçalves. **Crimes Cibernéticos e a Lei Carolina Dieckmann.** Jus Brasil,

2019. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/crimes-ciberneticos-e-a-lei-carolina-dieckmann/706794293. Acesso em: 10 out. 2023

PARODI, Lorenzo. **Manual de fraudes** 2.ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2008. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=0lGTAkLxt0AC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 30 set. 2023.

PINHEIRO, Patricia Peck, **Direito Digital**. 7ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2021.

PORTAL, Mulher. **A origem da palavra "estelionato"**. Imulher, 2023. Disponível em: https://portalimulher.com.br/origem-da-palavra-estelionato/. Acesso em: 09 out. 2023

PUCRS, Online **Cibersegurança: conceito, tipos e benefícios**. Pucrs Online, 2021. Disponível em: https://online.pucrs.br/blog/public/ciberseguranca-conceito-tipos-beneficios. Acesso em 28 set. 2023.

REIS, Ariovaldo Nascimento Ribeiro; VIANA, Geraldo Denison. **Crimes virtuais: legislações insuficientes ou ineficiência das autoridades competentes?** Revista IberoAmericana de Humanidades, Ciências e Educação, [S. l.], v. 7, n. 10, p. 1607–1626, 2021. DOI: 10.51891/rease.v7i10.2684. Disponível em: https://www.periodicorease.pro.br/rease/article/view/2684. Acesso em: 23 set. 2023.

ROMANO, Rogério. **A fraude para recebimento de indenização ou valor do seguro**, Jus Brasil, 2021. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-fraude-para-recebimento-de-indenizacao-ou-valor-do-seguro/1281534714. Acesso em 05. set. 2023.

SACCHITIELLO, Bárbara. **Alertas sobre golpes ganham espaço na publicidade de bancos.** Meio & Mensagem, 2023. Disponível em: https://www.meioemensagem.com.br/comunicacao/

alertas-sobre-golpes-ganham-espaco-na-publicidade-de-bancos. Acesso em: 01 out. 2023

SALES, Fernando Augusto. **A lei n. 14.478/2022 e o Marco Legal das Criptomoedas**. Jus Brasil, 2023. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-lei-n-14478-2022-e-o-marco-legal-das-criptomoedas/172942183. Acesso em 14 out. 2023.

SEPÚLVEDA, Bruna. **STF: modificação da ação penal no crime de estelionato deve retroagir a todas as ações ainda não transitadas em julgado.** Canal Ciências Criminais, 2022. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/stf-modificacao-da-acao-penal-no-crime-de-estelionato-deve-retroagir/. Acesso em: 30 set. 2023.

SILVA, Zenilto. **O crime de estelionato com as alterações da Lei nº 14.155/2021**, Jus Brasil, 2023. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-crime-de-estelionato-com-as-alteracoes-da-lei-n-14155-2021/1795954154. Acesso em 28. ago. 2023

SOARES, Juliane Adélia. **Procedimentos, técnicas e ferramentas forenses.** São Paulo. Saraiva. 2021

SSPSS, **Polícia Civil orienta população sobre prevenção e denúncias de crimes cibernéticos.** Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social, 2021. Disponível em:

https://www.sspds.ce.gov.br/2021/05/24/policia-civil-orienta-populacao-sobre-prevencao-e-denuncias-de-crimes-ciberneticos/. Acesso em 30 set. 2023.

SUPERIOR, Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.392424-RJ (2013/0220672-9).** Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641910&num_

registro=201302206729&data=20171009&formato=PDF. Acesso em 30 set. 2023

TJDFT, **Estelionato – dolo de fraudar prévio à conduta – inocorrência de mero ilícito civil.** Tribunal Judiciário do Distrito Federal e Territórios, 2023. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/dos-crimes/estelionato-a-diferenca-entre-o-ilicito-civil-e-o-ilicito-penal. Acesso em 30 set. 2023.

TRILHANTE. **Do Estelionato**, Trilhante, 2023. Disponível em: https://trilhante.com.br/curso/crimes-contra-o-patrimonio-2/aula/do-estelionato-parte-3-2. Acesso em 06. set. 2023

TRINDADE, Wellington. **Responsabilidade dos bancos em casos de fraudes**. Jus Brasil, 2023. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/responsabilidade-dos-bancos-em-caso-de-fraude/1742731398. Acesso em: 01 out. 2023.

VARGAS, Fundação Getúlio, **Manifesto dos 10 Princípios e Direitos da Internet**. Click Juris, 2011. Disponível em: https://clickjuris.wordpress.com/2011/04/14/manifesto-dos-10-principios-e-direitos-da-internet/. Acesso em: 23 set. 2023.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Responsabilidade dos bancos diante da súmula 479 do STJ.** Migalhas, 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/161926/responsabilidade-dos-bancos-diante-da-sumula-479-do-stj. Acesso em: 01 out. 2023.

A PRISÃO À SELETIVIDADE PENAL: UM ESTUDO SOBRE AS PRISÕES POR TRÁFICO DE DROGAS NO DISTRITO FEDERAL

FROM PRISON TO CRIMINAL SELECTIVITY: A STUDY ON ARRESTS FOR DRUG TRAFFICKING IN THE FEDERAL DISTRICT

Dalbertom Caselato Junior[79]

João Marcos Muniz Rodrigues da Silva[80]

Resumo

Este artigo examina a relação entre as prisões efetuadas sob a Lei de Drogas no Brasil e o fenômeno da seletividade penal. A partir de uma revisão crítica da literatura e da análise de dados empíricos, investiga-se como a aplicação dessa lei tem contribuído para a exacerbação das desigualdades sociais e raciais no sistema de justiça criminal. Observa-se que a Lei de Drogas, ao estabelecer critérios vagos e subjetivos para a distinção entre usuário e traficante, abre espaço para práticas discriminatórias por parte das autoridades policiais e judiciárias. A pesquisa revela que a maioria dos indivíduos presos por tráfico de drogas são jovens, negros e de baixa renda, evidenciando um padrão de seletividade que penaliza desproporcionalmente grupos já vulneráveis. Conclui-se que a Lei de Drogas, ao ser operacionalizada de maneira seletiva, reforça estigmas e marginalizações, perpetuando um ciclo de criminalização da pobreza e da cor. Recomenda-se a revisão da legislação e a implementação de políticas públicas que promovam a equidade e a justiça social no tratamento das questões

79 * Professor-titular do programa de pós-graduação *latu sensu* em Ciências Criminais do Centro Universitário Euro-americano (UNIEURO-DF) e do programa de graduação em Direito do Centro Universitário Unieuro-DF. Mestre e doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB. E-mail: caselatoo@yahoo.com.br. CPF: 713.858.941-72. Endereço: Rua Copaíba lote 02 apt° 401, Águas Claras-DF, cep 71.919-540, telefone 61-98164-4850. ORCID-ID: https://orcid.org/0000-0002-7062-1617.

80 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Euro-americano (UNIEURO-DF). Advogado.

relacionadas às drogas com enfoque no tratamento do usuário e não em sua punição.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Seletividade penal. Desigualdade social. Justiça criminal. Discriminação racial. Descriminalização. Proibicionismo

Abstract

This article examines the relationship between arrests made under Brazil's Drug Law and the phenomenon of penal selectivity. Through a critical review of the literature and the analysis of empirical data, it investigates how the application of this law has contributed to the exacerbation of social and racial inequalities within the criminal justice system. It is observed that the Drug Law, by establishing vague and subjective criteria for distinguishing between users and traffickers, creates opportunities for discriminatory practices by police and judicial authorities. The research reveals that the majority of individuals imprisoned for drug trafficking are young, Black, and low-income, highlighting a pattern of selectivity that disproportionately penalizes already vulnerable groups. The conclusion is that the Drug Law, when selectively enforced, reinforces stigmas and marginalization, perpetuating a cycle of criminalization of poverty and race. The article recommends revising the legislation and implementing public policies that promote equity and social justice in addressing drug-related issues with a focus on treating users rather than punishing them.

Keywords: Drug Law. Penal selectivity. Social inequality. Criminal justice. Racial discrimination. Decriminalization. Prohibitionism.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata sobre a seletividade penal, proporcionada pela política de drogas no Brasil e seus reflexos no Distrito Federal, sendo esse o ponto exato da pesquisa, tendo em vista que a política

atual sofre diversas críticas por seu caráter proibicionista e de alta repressão.

Dessa forma, será feito uma explanação do assunto para a elaboração desse respeitável trabalho que servirá e irá colaborar para o crescimento e conhecimento no curso de Direito, além de se aprofundar no problema de pesquisa, qual seja, o quão a Política de Drogas permeia a seletividade penal no sistema penitenciário brasileiro e quais são seus efeitos sociais?

A pesquisa destaca também a Lei 11.343/06, a Lei de Drogas, teve uma grande participação no aumento da população prisional no Brasil nos últimos 15 anos e qual parcela da população é a mais afetada pela política de drogas atualmente. Com isso, cada capítulo buscará responder a problemática de pesquisa com base na legislação, direitos fundamentais e entendimentos dos tribunais superiores. Além do mais, propõe-se investigar o combate às drogas no Brasil, sua aplicação e a relação com a ocorrência da seletividade penal, como também os efeitos da política bifronte da Lei 11.343/06, que diferenciou o tratamento para usuários e traficantes

Assim, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordado a evolução histórica da política de drogas no Brasil e no mundo, discorrendo sobre as antigas legislações até chegar na Lei 11.343/06, a atual Lei de Drogas. Em sequência, após apresentação do histórico da política de drogas no Brasil, será discutida a aplicação da política criminal de drogas no Distrito Federal, junto a atuação do judiciário e das polícias locais, junto as suas especificidades frente ao cenário nacional

No segundo capítulo serão elencados os principais fatores e conceitos presentes na Lei de Drogas, destacando principalmente o conceito de drogas adotado no Brasil, a aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/06 que trata do crime de consumo pessoal e a sua despenalização pelo legislador, o aumento da pena pelo crime de tráfico presente no artigo 33 e suas especificidades. Ademais, ainda no mesmo capítulo, versar-se-á sobre as prisões por tráfico de drogas e a ocorrência do fenômeno da seletividade penal, como também as consequências

da ausência de um critério objetivo de diferenciação de usuário e traficante na Lei, junto a repercussão do tema na jurisprudência.

Já no terceiro capítulo, será analisada a aplicação da política de drogas no Distrito Federal e a presença da seletividade penal, por meio da análise de pesquisa sobre as prisões em flagrante ocorridas no DF, como também o percentual de flagrantes convertidos em preventiva nesta unidade da federação, além de uma relação do percentual de presos com base na Lei 11.343/06 no Distrito Federal em comparação ao nível nacional.

Por último, no quarto capítulo, serão estudadas soluções para o problema existentes na doutrina, com base em modelos antiproibicionistas e descriminalizadores, com a análise de políticas internacionais bem sucedidas, além da discussão da proposta de mudança da Lei 11.343/06 no Congresso Nacional, junto ao entendimento dos tribunais superiores sobre o tema e as soluções em trâmite no meio jurisprudencial.

Em suma, o presente trabalho possibilitou iniciar uma reflexão crítica acerca da política de drogas no Brasil e sua relação com a seletividade penal, no qual foram alcançados os objetivos por meio de pesquisa doutrinária, jurisprudencial, legislações, bancos de dados nacionais, além de matérias jornalísticas sobre o tema.

1. O HISTÓRICO DA POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL

O início deste trabalho de conclusão de curso terá como objetivo inicial trazer um breve histórico sobre a política de drogas e o seu processo de criminalização, buscando entender como os acontecimentos do século XX nos trouxeram ao cenário atual, com uma política altamente proibicionista e como suas origens na década de 1930 contribuíram para o aumento do índice de encarceramentos no país, por meio de um sistema altamente repressivo:

> A partir de 1930, mais especificamente a partir de 1932, inicia uma nova fase nas políticas que tratam do uso de substâncias 'entorpecentes'. O Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932, é um marco na reorganização da política de drogas no Brasil, acompanhando as mudanças que ocorriam no Estado brasileiro como um todo. (TORCATO, 2016, p.289)

Diante disso, neste primeiro capítulo será elaborada uma análise sobre o retrospecto da Política de Drogas no Brasil e no mundo, aliado a uma breve demonstração da atuação das forças de justiça e segurança pública na execução da Política de Drogas no âmbito do Distrito Federal.

1.1 AS POLÍTICAS PROIBICIONISTAS E O REFLEXO NO SISTEMA PRISIONAL

A política de combate às drogas teve seu início no Brasil durante a década de 1930, com previsão no Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Segundo Carvalho (2016, p.41), essa lei cria uma nova disciplina da matéria, tornando mais densas as penas e complexificando as condutas reprimidas. A troca do conceito de 'venenoso' para 'entorpecente' e a submissão de licenças ao Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP) teriam criado um novo modelo de gestão repressiva.

Essa lei, conforme defendido por Torcato (2006, p.290) é um marco de uma nova configuração política e institucional, pois ela indicará o início de uma tendência que se ampliará a partir de normativas que serão publicadas sobre o assunto até 1946: a centralização. Entre 1932 e 1946, o poder executivo federal terá tomado para si a tarefa de coordenação de uma política nacional, com órgãos capazes de sistematizar informações sobre a circulação das substâncias entorpecentes no país.

Alguns anos depois, mais especificamente na primeira metade da década de 1940 é possível verificar o surgimento de uma política proibicionista sistematizada (Carvalho, 2016, p.50) por meio do Código Penal de 1940.

> Com a publicação do Código Penal pelo Decreto-Lei 2.848/40, a matéria é recodificada sob a epígrafe do *comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes*, cuja previsão se encontra descrita no artigo 281: "*importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*. (Carvalho, 2016, p.50)

O Código Penal de 1940 tem como característica marcante a tentativa, a partir do ensaio da Consolidação das Leis Penais na década de 1930, de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação de lei codificada. Porém, a partir do Decreto- Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a publicação da Lei 4.451/64 (que introduz ao artigo 281 a ação de plantar), se inicia na legislação pátria não apenas no que diz respeito às drogas, mas aos entorpecentes em geral – um amplo processo de descodificação, o que conforme Carvalho (2016, p.51) trouxe consequências drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal).

Muito por conta da expansão da indústria farmacêutica, por meio da criação de um complexo industrial altamente rentável, a substituição da farmacopeia tradicional por novos e potentes fármacos, com a repetição do velho problema da intoxicação iatrogênica, cumulados ao crescimento do tráfico ilícito, junto a movimentos internacionais como a *Single Convention on Narcotics Drugs*, 1961, ou a pauta de uso da contracultura a alteração da política de drogas no Brasil.

Desse modo, incentivado por tais fatores o Congresso aprovou a Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964, marco inicial do novo modelo proibicionista que seria instaurado como resposta à crise vivida na época, justificada pelo autor do projeto, o deputado pernambucano Coutinho Cavalcante (PTB), da seguinte forma:

> [...] a criminalidade, ligada ao setor de entorpecente, não se exaure na conceituação das figuras delituosas previstas no artigo 281 do Diploma Penal vigente. Um ponto básico foi olvidado: a plantação de substâncias entorpecentes, que por exemplo, no caso da chamada 'maconha'[cânhamo cannabis sativa e variedade índica] assume importância relevante" (Diário do Congresso Nacional [seção I], 01 de agosto de 1959, p.4748).

Neste cenário, de uma notável *demonização* da droga, junto a uma consolidação da ideologia da diferenciação, conceito cunhado pro Rosa Del Omo, cujo o conceito trazido por CARVALHO (2016, p.55) será exposto a seguir, serviram para um tratamento mais ostensivo em relação às drogas no Brasil e no mundo.

> IDEOLOGIA DA DIFERENCIAÇÃO: A ideologia da diferenciação, expressão cunhada por Rosa del olmo, gestada na década de 1960, permite observar "duplo discurso sobre a droga, que pode ser chamado de médico-jurídico, por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes (o modelo médico-sanitário e o modelo ético-jurídico)". Assim, a ideologia estabeleceria a distinção entre consumidor e traficante ou entre doente e delinquente (A Face..., p. 34). Entretanto, a ideologia da diferenciação pode ser concebida igualmente como discurso de fragmentação das respostas ofertadas aos autores do desvio dependen- do seu status social:"O discurso ainda em moda diferencia os malvados fornecedores

> e usuários pobres, dos bons filhos, dos 'bons filhos (ricos) de família' que cederam às tentações. Para os ricos, tratamento. Para os pobres, internamento (Baratta). Esta 'ideologia da diferenciação' serve para justificar o injustificável, lançando mão do velho recurso retórico da distinção" (Rosa, Direito Infracional, p. 216). Luciana Boiteux supõe situação esclarecedora da aplicabilidade do modelo diferenciador ao avaliar a lei 11.343/06:"(...) basta imaginar a hipótese de dois garotos de dezoito anos negociando a compra de droga considerada ilícita: se a polícia os flagrasse no momento em que o vendedor (pobre, que precisa vender a droga para sobreviver) entregasse a mercadoria ao usuário (rico, que tem dinheiro de sobra para poder comprar droga sem traficar), este iria ser encaminhado ao Juizado Especial e não poderia ser preso de jeito nenhum, enquanto o outro estaria sujeito a uma pena mínima de cinco anos (...)" (A Nova Lei de Drogas e o Aumento da Pena do Delito de Tráfico de Entorpecentes, p. 8).

Na década de 1960, foram promulgados diversos decretos, que trouxeram uma abordagem extremamente punitiva. Nesse sentido, contrariando a orientação internacional e rompendo com o discurso de diferenciação, o Decreto- Lei 385/68 modificou o artigo 281 do Código Penal, criminalizando o usuário com pena idêntica àquela imposta ao traficante, incluindo em um novo parágrafo o seguinte texto "*nas mesmas penas incorre quem ilegal- mente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que de- termine dependência física ou psíquica".*

Conforme relata CARVALHO (2016, p. 57) "Após três anos de vigência do Decreto-Lei 385/68, a lei 5.726/71 adequa o sistema repressivo brasileiro de drogas às orientações internacionais, marcando, definitivamente, a descodificação da matéria".

> A lei 5.726/71 redefine as hipóteses de criminalização e modifica o rito processual, inovando na técnica de repressão aos estupefacientes. todavia o fato de não mais considerar o dependente como criminoso escondia faceta perversa da lei, pois continuava a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade de 1 a 6 anos – "importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuita- mente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou ministrar, ou entregar de qualquer forma ao consumo substância entorpecente ou que determine dependência" (...) "Nas mesmas penas incorre: quem traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica." Nas lições de Ney Fayet de Souza, "a 'Lei Antitóxicos' [lei 5.726/71] deixou a desejar porque quando todos esperavam que o tratamento punitivo para o consumidor da droga, que a trouxesse consigo, desaparecesse ou fosse bem menor do que o dispensado ao traficante – apenas para justificar a imposição da medida de segurança, ambos continuaram a ter idêntico apenamento. E agora, com pena ainda maior: reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos, e multa". (CARVALHO, 2016, p. 57).

A lei mantém o discurso médico- jurídico da década de 1960 com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Com um caráter simplificado da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que apresentará uma dicotomização das práticas punitivas, avançando em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando um processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.838/76 e logrará seu ápice com a Lei 11.343/06.

A partir da Lei 6.368/76 foi instaurado no Brasil um modelo inédito de controle, refletindo as orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais.

Por meio dessa norma, houve a institucionalização de um sistema predominantemente jurídico, baseado na severa punição que, não obstante manter resquícios do antigo sistema, cria condições para o nascimento do discurso jurídico-político.

A então recente guerra às drogas, tornou-se um tema de relevância global com uma maior influência do governo estadunidense, que influenciou diretamente nas políticas públicas dos países da América Latina.

Nesse sentido, CARVALHO (2016, p.61) demonstra como tal discurso repressivo refletiu na legislação brasileira e seus reflexos sociais.

> A institucionalização do discurso jurídico-político nos países produtores – ou, no caso do Brasil, país rota de passagem do comércio internacional –, a partir da transferência do problema doméstico dos países consumidores, redundará em instauração de modelo genocida de segurança pública, pois voltado à criação de situações de guerras internas. Para Rosa del Olmo, a cômoda posição das agências centrais produziu resultados desastrosos porque, sendo exportado e imposto do centro à periferia, o discurso jurídico-político ignorava a alteridade, ou seja, estava alheio (ou pouco preocupado) à historicidade, às questões sociais, políticas e econômicas, bem como à relação cultural entre a droga e os grupos sociais envolvidos. Na América latina, efeito bélico exemplar ocorreu com o etnocídio resultante da inclusão da folha de coca nas listagens de drogas ilícitas a eliminar, com a destruição de culturas seculares entre os povos andinos (CARVALHO 2016, p.61).

Desse modo, com uma enorme influência do cenário internacional, a Lei de Drogas de 1976 trouxe uma prevalência da eficácia da repressão sobre a prevenção, um aumento da punibilidade e a redefinição sanitarista do tratamento. De certa forma, a lei ainda

manteve o discurso médico-jurídico com a diferenciação entre usuário e traficante, além da afirmação dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Ademais, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no âmbito da segurança pública, a imagem do traficante será agregada ao papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes desproporções de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de 1970.

Com a integração dos preceitos da Doutrina de Segurança Nacional (DSN) no sistema de segurança pública após o golpe de 1964, o Brasil adotou um modelo militarizado de repressão, focado na ideia de eliminar ou neutralizar seus inimigos. Isso levou à necessidade de reformular a política de drogas, incluindo não apenas os inimigos políticos internos (considerados subversivos), mas também os inimigos político-criminais (traficantes). Conceitos como geopolítica, bipolaridade e guerra total foram incorporados à noção de inimigo interno, moldando assim um sistema repressivo que teve origem durante o regime militar e continuou a existir após o retorno à democracia.

A adaptação constante da abordagem bélica às circunstâncias atuais sugere que sua estrutura fundamental e ideológica permanece intacta, influenciando ainda hoje as medidas punitivas adotadas pelos poderes legal, judiciário e executivo - como a criminalização de crimes graves, a repressão ao crime organizado e a definição de políticas penitenciárias específicas. Isso se deve em parte ao fato de que, sob esse paradigma proibicionista, há uma renúncia deliberada à aplicação estrita da lei penal, com um controle social militarizado e verticalizado sobre os setores mais vulneráveis da sociedade ou sobre aqueles que discordam do sistema. Esse poder disciplinador também é repressivo ao internalizar a noção de conformidade, resultando em uma sociedade que aceita uma vigilância constante por parte da autoridade.

Conforme a visão de Vera Malaguti Batista trazida por CARVALHO (2016, p. 63) "(...) existe uma renúncia expressa à legalidade penal

através de um controle social militarizado e verticalizado sobre os setores mais pobres da população ou sobre os dissidentes. Esse poder configurador é também repressivo ao interiorizar a disciplina, configurando uma sociedade submetida a uma vigilância interiorizada da autoridade".

Nessa mesma lei, promulgada na década de 1970, já demonstrava uma falha na aplicação da lei, quando essa, deixava a critério do magistrado uma avaliação individual, de cada caso concreto para dosagem da pena pelo crime de comércio ilegal de drogas, que foi estabelecida entre 3 e 15 anos. Ocorre, que a prática forense demonstrou uma aplicação genérica de punições severas, sem uma diferenciação do pequeno e do grande comerciante de drogas, incidindo em grande parte sobre a juventude pobre recrutada para a realização do comércio em pequenas quantidades nas ruas do país.

O relato trazido por MALAGUTI BATISTA (2009, p. 122) demonstra a veracidade dessa conclusão, ilustrando o tráfico na metrópole do Rio de Janeiro.

> A disseminação do uso de cocaína trouxe como contrapartida o recrutamento da mão de obra jovem para sua venda ilegal e constituiu núcleos de força nas favelas e bairros pobres do Rio de Janeiro. Aos jovens de classe média que a consumiam, aplicou-se sempre o estereótipo médico e aos jovens pobres que a comercializavam, o estereótipo criminal. Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento aos adolescentes infratores.
>
> A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.
> MALAGUTI BATISTA (2009, p. 122)

Junto a isso, apesar da ausência de definição da conduta de usuário de entorpecentes, ausência que provocou em parte da dogmática penal afirmações da não incidência do sistema punitivo ao usuário, os verbos nucleares do tipo do art. 16 da lei 6.368/76 acabam, por caminhos indiretos, impondo sanção ao consumidor. Isso ocorreu, pois todas as demais condutas, que serviriam para permitir o consumo, como adquirir, guardar ou trazer consigo são incriminadas, o que na prática, gera uma punição pelo uso por meio de uma via oblíqua.

A longa vigência da Lei 6.368/76 revelou sua inadequação histórica, especialmente diante do processo amplo de descodificação do direito penal nos anos 1990. Isso resultou em um sistema de controle de drogas ilícitas no Brasil extremamente complexo. A promulgação de diversos estatutos penais, que impactam de forma direta ou indireta a abordagem da política criminal das drogas, e a tentativa malsucedida de reformulação legislativa, como vista na Lei 10.409/02, confirmaram a confusão e a inconsistência nos métodos de criminalização. Além disso, essa situação evidenciou para a sociedade e para os tomadores de decisão políticos a dificuldade das agências governamentais em estabelecer uma política criminal coerente em relação às drogas, seja ela de proibição ou antiproibicionista.

Nesse sentido, a indicação da Lei 10.409/02 de intensificar a repressão contra várias formas de comercialização e o financiamento de organizações voltadas para o tráfico, ao mesmo tempo em que acolhe os modelos de intervenção psiquiátrico-terapêutica para usuários e dependentes, influenciou a configuração material (crimes e penalidades) e processual (investigação, processo e julgamento) da Lei 11.343/06.

De acordo com CARVALHO (2016, p. 104), a Lei de Drogas (Lei 11.343/06), não trouxe muitas alterações para o sistema proibicionista, como demonstrado a seguir.

> Embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal

> em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a lei 6.368/76, reforçando-o. Neste sentido, a lógica discursiva diferenciadora iniciada na década de 1970 é consolidada no novo estatuto, em detrimento de projetos políticos alternativos (descriminalizadores) moldados a partir das políticas públicas de redução de danos. CARVALHO (2016, p. 104).

Mesmo fundada em base ideológica equivalente à da Lei 6.360/76, a ideologia de diferenciação, a Lei 11.343/06, traz inovações ao nivelar a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando penas distintas para esses, por meio da alta repressão ao tráfico de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas fixadas entre 5 e 15 anos), em contrapartida a patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e outras medidas.

É crucial compreender, portanto, para uma apreciação completa das novas respostas punitivas introduzidas pela Lei 11.343/06, que, apesar das críticas criminológicas em relação ao fracasso da política hemisférica de guerra às drogas, não apenas a criminalização do comércio de entorpecentes e suas diversas formas é mantida, mas as penas são substancialmente aumentadas e as possibilidades de aplicação de substitutos penais (como penas restritivas de direitos) são restritas.

Nesse contexto, conforme trazido por ROLIM (2006, p. 174) é importante lembrar que "as políticas contra as drogas na América Latina têm seguido os passos da 'guerra contra as drogas' proposta pelos Estados Unidos da América (EUA). Por meio dessa abordagem, os governos buscam erradicar as drogas das sociedades por meio de medidas repressivas. Após décadas de experiência, essa política resultou em um fracasso retumbante. No entanto, seus seguidores continuam a propor doses mais fortes do mesmo remédio."

Com isso, a manutenção da política proibicionista proporcionada pela Lei 11.343/06, não trouxe soluções concretas para a chamada "guerra às drogas", mesmo trazendo um tratamento patológico ao usuário e uma maior repressão ao traficante, a lei não trouxe critérios concretos para a diferenciação do consumo pessoal e a droga para tráfico, deixando tal função nas mãos dos operadores do direito, conforme exposto em seu artigo 28, § 2º *"para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".*

Conforme trazido pelo professor Guilherme Nucci, em seu artigo "A Droga da Lei de Drogas", A ausência do legislador, colaborou para que, em muitos casos, um indivíduo portador de drogas acaba respondendo pelo crime de Tráfico de Drogas, fato esse, que cumulado a seletividade penal, traz um exponencial aumento nas prisões preventivas, o que propicia o aumento descontrolado da população carcerária e pior, formada por pessoas ainda acusadas, sem condenação.

1.2 O SISTEMA DE JUSTIÇA NO DISTRITO FEDERAL

Para trazer um aprofundamento maior a pesquisa e uma maior identificação com o objeto estudado, é necessário ilustrar como se constitui a atuação judiciária no Distrito Federal, em relação a repressão ao Tráfico de Drogas e os procedimentos adotados pelas autoridades, o que será descrito nesse tópico.

Em momento pré-processual, a atuação institucional está centralizada nos órgãos de segurança pública — Polícia Militar e Civil —, enquanto na fase processual, destaca-se a atuação do Ministério Público, Defesas e das Varas de Entorpecentes.

Em um plano inicial, existe a o Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF) realizando uma atuação ostensiva nas ruas e exercendo

um papel preventivo e repressivo. Sua estrutura está organizada em Comando-Geral, órgãos de apoio e órgãos de execução, sendo os últimos divididos em Unidades Operacionais, que se vinculam aos Batalhões espalhados pelas Regiões Administrativas do Distrito Federal. Quanto ao seu funcionamento, diferenciam-se em equipes ostensivas vinculadas aos batalhões locais e equipes vinculadas ao Batalhão de Policiamento Tático Motorizado. (DISTRITO FEDERAL, 2020).

A Polícia Civil do Distrito Federal (PCDF), tem como principais atribuições planejar, coordenar e executar atividades de polícia judiciária e apuração de infrações penais nos limites das suas circunscrições. Sua atuação se dá por meio de trinta e cinco Delegacias Circunscricionais de Polícia, além dessas circunscrições existem também, no âmbito específico do tráfico de drogas, existe a Coordenação de Repressão às Drogas (CORD), subordinada ao Departamento de Polícia Especializada (DPE), composta também por três divisões de Repressão às Drogas, que desenvolvem medidas de repressão ao uso indevido, da produção não autorizada, e do tráfico ilícito de entorpecentes, por meio de investigação criminal e exercício de polícia judiciária. (DISTRITO FEDERAL,2009).

No âmbito de atuação processual, atuando na promoção de ações judiciais previstas em lei para o processamento do tráfico e uso indevido de entorpecentes, existem as Promotorias de Justiça de Entorpecentes, integrantes do Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT), órgãos especializados, com atribuição territorial para todo o Distrito Federal. Conforme descrito no site do MPDFT as Promotorias de Justiça de Entorpecentes:

> Promovem as ações judiciais previstas em lei para combater o tráfico e o uso indevido de substâncias entorpecentes. Também promovem medidas educativas para combater o uso indevido de drogas, como campanhas, palestras educativas e visitas a

> centros de internação de dependentes químicos. (MPDFT,2020).
>
> Os promotores de Justiça que atuam nestas Promotorias têm atribuição para promover em todo o Distrito Federal as medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis, sejam de prevenção ou de repressão ao uso indevido de substâncias entorpecentes. (MPDFT,2020).

Em contraste, o sistema de defesa dos interesses do réu acusado por crimes previstos na Lei 11.343/06 envolve diversas instituições e órgãos, tanto em primeira instância quanto em instâncias superiores, no Distrito Federal. Eis uma breve descrição de cada instituição integrante:

Núcleos de Prática Jurídica (NPJ) vinculados a instituições de ensino: Esses núcleos oferecem assistência jurídica gratuita à população, incluindo pessoas acusadas de crimes relacionados a drogas. Geralmente, são operados por estudantes de direito supervisionados por professores. (PACHECO,2022).

Advogados particulares constituídos pelos réus: Os réus têm o direito de contratar advogados particulares para os representarem em processos criminais, incluindo casos relacionados a drogas. (PACHECO, 2022).

Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF): A Defensoria Pública é responsável por fornecer assistência jurídica gratuita a pessoas que não têm condições de pagar por um advogado. Ela representa réus que se enquadram nesse critério, incluindo os acusados de crimes relacionados a drogas. (PACHECO, 2022).

Núcleo de Audiências de Custódia do Distrito Federal (NAC): Desde outubro de 2015, no Distrito Federal, as audiências de custódia são realizadas de acordo com as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça. A Portaria Conjunta nº 101, datada de 07 de outubro de 2015, estabeleceu o procedimento para conduzir essas audiências. Elas ocorrem no Núcleo de Audiências de Custódia (NAC) do Tribunal

de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), responsável por atender presos de todo o Distrito Federal, incluindo aqueles das cidades-satélites, para realizar tais audiências. (TJDFT,2015).

Vale destacar que, as audiências de custódia têm como objetivo principal garantir a integridade física e psicológica dos detidos, bem como verificar a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção. Durante essas audiências, o juiz avalia a legalidade da prisão, verifica a ocorrência de eventuais violações de direitos e decide sobre a necessidade de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão. (TJDFT,2015).

Varas de Entorpecentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT): Em primeira instância, existem cinco Varas de Entorpecentes no Distrito Federal. Elas têm jurisdição sobre casos relacionados ao tráfico de drogas em toda a região. Essas varas são responsáveis pelo processamento e julgamento desses casos. (TJDFT,2021).

Juizados Especiais Criminais: Compete aos Juizados Especiais Criminais o processamento e julgamento de autuados por uso de drogas. Esses juizados têm uma abordagem mais simplificada e informal em relação a crimes de menor potencial ofensivo, buscando resolver os casos de forma mais rápida e eficiente. (PACHECO, 2022).

Quanto ao sistema de Justiça do Distrito Federal, é importante ressaltar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é o que tem maior gasto por habitante do país, conforme dados do relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em números divulgado em 2022, tendo uma despesa de R$ 988,70 por habitante, muito além da média nacional que é de R$ 289,10 (CNJ,2022)

Além disso, no âmbito criminal, o relatório demonstra que o Distrito Federal possui a menor taxa de congestionamento dos processos de conhecimento criminais nas varas exclusivas criminais, com o percentual de 47,6%, enquanto a média nacional é de 70,2%. (CNJ, 2022).

Ademais, conforme previsto na Constituição Federal, o poder judiciário do Distrito Federal é organizado e mantido pela União, o que

o coloca em um aspecto exclusivo em relação aos demais Tribunais dos Estados. O seu orçamento é oriundo da União, o que o torna um órgão federal com jurisdição local (TJDFT, 2012).

Por fim, ao compreender o contexto histórico da Guerra às Drogas a nível nacional e internacional, é possível compreender a evolução das Políticas Públicas e o modo como os governantes enfrentaram o problema em períodos anteriores e a influência dessas políticas para o cenário atual, que ainda mantém uma abordagem proibicionista. Nesse sentido, nos próximos capítulos a presente pesquisa irá explorar o problema, com enfoque no contexto atual, buscando demonstrar a funcionalidade do Sistema de Combate às Drogas do Distrito Federal, seus reflexos nas prisões preventivas por Tráfico de Drogas e o retrato social da aplicação das atuais medidas no cotidiano.

2. A EVOLUÇÃO DO CONTROLE PENAL SOBRE ÀS DROGAS

Após trazer um breve histórico sobre a Política de Drogas no Brasil e sua estruturação no âmbito do Distrito Federal, passar-se-á, em seguida, analisar a evolução do controle penal sobre as drogas.

Atualmente, a Guerra às Drogas tem sido um tema de constante embate jurídico e político no Brasil. Desse modo, entender os conceitos e como o sistema jurídico se estrutura nessa questão será o objeto deste capítulo.

Diante disso, cabe trazer um breve relato de MASSON (2022, p.37) sobre as inovações existentes na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

> Uma das grandes inovações da Lei 11.343/2006 consiste na proibição de imposição da pena privativa de liberdade ao agente que adquire, guarda, tem em depósito, traz consigo ou transporta droga para consumo pessoal. O legislador partiu da premissa de que a prisão de tal pessoa não produz benefícios reais à sociedade, notadamente porque obsta o tratamento de eventual dependência química e insere

> o "consumidor" em um sistema carcerário falido, muitas vezes dominado por facções criminosas que comandam o tráfico de drogas, correndo-se o risco de cooptação dos usuários. É preciso ficar claro, contudo, que apesar desse tratamento mais benevolente, as condutas descritas no caput e no § 1º do art. 28 configuram crimes. (MASSON 2022, p.37).

Portanto, neste segundo capítulo será elaborada uma breve descrição do conceito de drogas, uma análise sobre a Lei de Drogas e seu impacto no controle sobre substâncias ilícitas no Brasil. Em consonância, por meio desses conceitos e dados estatísticos propiciar uma análise sobre as prisões por Tráfico de Drogas no Brasil e sua relação com o fenômeno da seletividade penal.

2.1 CONCEITO DE DROGAS E O ASPECTO PENAL

Nos diplomas revogados pela Lei de Drogas, que se valiam da expressão "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica", foram substituídos por uma terminologia mais simples, difundida entre os cidadãos e recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo este, o simples termo "drogas". Nesse sentido, para fins legais, são consideradas drogas "as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União", conforme previsão do artigo 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/2006.

> Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (BRASIL, 2006).

Concomitantemente, conforme previsto na Lei, a relação das drogas é especificada por meio de listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Conforme MASSON (2022, p. 31) "No Brasil, a atual relação das drogas é prevista por um ato administrativo, consistente na Portaria SVS/MS 344/1998, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia sob regime especial ligada ao Poder Executivo."

Portanto, para fins de tipificação das condutas previstas na Lei 11.343/2006, drogas são as substâncias assim classificadas pela Portaria SVS/MS 344/1998. Sendo assim, percebe-se que os crimes da Lei em questão estão tipificados por normas penais em branco em sentido estrito (heterogêneas).

Com isso, MASSON (2022, p.31) descreve a aplicação da Portaria na tipificação dos crimes previstos na Lei de Drogas, como exposto a seguir:

> Com a mera previsão da substância no complemento da norma penal em branco afasta-se a necessidade, e até mesmo a possibilidade de, a partir da realização de exame pericial, aduzir-se se a substância expressamente prevista na listagem administrativa possui ou não capacidade de causar dependência, pois esse dado é aferido pela simples inclusão de qualquer substância na destacada lista. Essa interpretação emana da redação literal do art. 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/2006: "para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União." MASSON (2022, p.31)

O conceito descrito pelo autor, foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio do HC 139.667/RJ, conforme infracitado.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO CRIME DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTÂNCIAS PRESCRITAS PREVISTAS NA PORTARIA Nº 344/98 DA SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SVS/MS) NA LISTA "C1" QUE TRATA DAS SUBSTÂNCIAS SUJEITAS A CONTROLE ESPECIAL E QUE DE ACORDO COM OS ARTS. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO E 66, CAPUT, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006 SÃO CONSIDERADAS DROGAS. PRESCINDIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME PERICIAL PARA A CONSTATAÇÃO DE QUE TAIS SUBSTÂNCIA PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA. DADO VERIFICADO A PARTIR DA MERA CONSTATAÇÃO DE QUE TAIS SUBSTÂNCIAS ENCONTRAM-SE ELENCADAS NA REFERIDA LISTAGEM ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE DE CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES PREVISTOS NO ART. 282 DO CÓDIGO PENAL E NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. PRECEDENTE DESTA CORTE.

IV - **A simples verificação de que as substâncias prescritas pelo paciente encontram-se elencadas na Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) na lista C1, que trata das substâncias sujeitas a controle especial, é suficiente para a sua caracterização como droga, sendo prescindível a realização de exame pericial para a constatação de que tais substâncias, efetivamente, causam dependência.** O exame pericial será necessário para que outros dados (v.g.: natureza e quantidade da substância apreendida, potencialidade tóxica, etc.), que não a possibilidade de causar dependência, sejam aferidos, porquanto esse último ponto já é respondido a partir da previsão da substância nas listas mencionadas.,

> V - **Com a mera previsão da substância no complemento da norma penal em branco, afasta-se a necessidade, e até mesmo a possibilidade de, a partir da realização de exame pericial aduzir-se se a substância, frise-se, expressamente prevista na listagem administrativa** (expressão cunhada por Vicente Greco Filho in "Lei de Drogas Anotada, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, página 14) **possui ou não capacidade de causar dependência. Esse dado é aferido pela simples inclusão de qualquer substância na destacada lista. Essa interpretação é obtida pela interpretação literal do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006 onde se lê que "Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União."** (HC 139.667/RJ, rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 17.12.2009, noticiado no Informativo 420). **Grifo Nosso.**

Deste modo, percebe-se também, que só é considerada droga para fins penais, substância presente na Portaria nº 344/1998. Com isso, mesmo que uma substância possa causar dependência física ou psíquica, se ela não estiver prevista no rol das substâncias legalmente proibidas, ela não será tratada como droga para fins de incidência da Lei nº 11.343/2006.

Tal previsão, é confirmada pelo STJ, por meio do REsp 1.444.537/RS, demonstrado abaixo:

> RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE. SUBSTÂNCIAS CONSTANTES DAS LISTAS E F1 DA PORTARIA N. 344/1998 DA ANVISA. RECURSO PROVIDO. **1. O art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 apresenta-se como norma penal em branco, porque define o crime de tráfico a partir da prática de dezoito**

> **condutas relacionadas a drogas, sem, no entanto, trazer a definição desse elemento do tipo. 2. A definição do que sejam "drogas", capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.**
> (. . .)
> 5. A materialidade do crime de tráfico de drogas também está demonstrada pelo fato de haver sido apreendido em poder do recorrido material contendo cocaína, substância constante da Lista F1 da Portaria n. 344, de 12/5/1998, da Anvisa. 6. Recurso especial provido para, reconhecida a materialidade do crime de tráfico de drogas, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para que prossiga no julgamento da Apelação Criminal n. 70052225380. (REsp 1.444.537/RS, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 12.04.2016, noticiado no Informativo 582) **Grifo nosso**.

Portanto, é notável que o conceito de droga trazido pela Lei de Drogas, trouxe simplificação ao rol de substâncias consideradas ilícitas, por meio de uma norma penal em branco que se baseia nas substâncias incluídas na Portaria SVS/MS 344/1998, trazendo um rol taxativo do que é ilegal e o que não é com base na previsão dessa listagem administrativa complementar.

2.2 A LEI DE DROGAS E O CONTROLE DE DROGAS NO BRASIL

Além de definir um novo conceito de droga, a Lei 11.343/06 implementou mudanças na Política de combate às drogas no Brasil. Em relação a tais modificações, vale destacar que essa Lei representou rompimento de paradigma no tocante à compreensão da problemática

relacionada às drogas, principalmente, por trazer uma abordagem preventiva e repressiva, se caracterizando como uma política criminal bifronte.

Conforme trazido por MASSON (2022, p. 30) a política criminal da nova Lei, se concretizou da seguinte forma:

> (...) ao mesmo tempo que instituiu sanções brandas para o sujeito que porta droga para consumo pessoal, afastando o encarceramento e propiciando políticas preventivas e de reinserção social (v.g.: arts. 8º-D, 8º-E e 19-A a 22-A), bem como de tratamento (com a possibilidade de internações voluntárias ou involuntárias em unidades de saúde ou hospitais gerais, ex vi do art. 23-A, §§ 2º a 10) e terapêuticas (art. 26-A), a Lei 11.343/2006 promoveu a repressão e o combate ao narcotráfico. MASSON (2022, p.30)

Desse modo, é perceptível que a Lei permitiu uma evolução na Política de drogas no país, principalmente pela diferenciação entre traficante e usuário e diferenciação das condutas e das penas em seu texto.

Diante disso, MASSON (2022, p. 30) elenca algumas das novidades apresentadas.

> Em cotejo com as leis precedentes, a Lei 11.343/2006 apresentou muitas novidades, tais como: (a) não imposição de pena privativa de liberdade a quem possui drogas para consumo pessoal (art. 28); (b) criação de crime especial para a pequena cessão de pequena quantia de droga para consumo conjunto ("cedente eventual"); (c) criação do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º); (d) elevação da pena do tráfico de drogas (art. 33); (e) tipificação do financiamento ou custeio ao tráfico (art. 36); (f) instituição de novo rito processual etc. MASSON (2022, p.30)

É evidente que a norma buscou proporcionar um tratamento mais brando ao usuário, demonstrado principalmente pela proibição de imposição da pena privativa de liberdade ao agente que adquire, guarda, tem em depósito, traz consigo ou transporta droga para consumo pessoal.

Em contrapartida, é necessário frisar que este tratamento mais benevolente, não retira o caráter criminal das condutas descritas no artigo 28, caput e § 1º da Lei 11.343/2006, a conduta de porte de droga para consumo pessoal continua a se configurar como crime, porém, o legislador preferiu estabelecer penas alternativas a pena privativa de liberdade e multa. Eis o artigo 28 da Lei 11.343/2006:

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
> I – advertência sobre os efeitos das drogas;
> II – prestação de serviços à comunidade;
> III – medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.
> § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. (BRASIL,2006)

Com isso, tal dispositivo não descriminalizou o consumo pessoal de drogas, mas apenas afastou a aplicação de pena privativa de liberdade, efetuando uma descarcerização, tal questão é tema de amplo debate doutrinário e jurisprudencial, aonde uma parte da doutrina considera o dispositivo inconstitucional e outra defende a sua constitucionalidade, conforme exposto por MASSON (2022, p. 38), como demonstrado abaixo:

> **1ª posição:** O art. 28 da Lei de Drogas é inconstitucional, por violação ao direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana. Ademais, a criminalização do porte de droga para consumo pessoal contraria o princípio da alteridade, pois a conduta causa prejuízo somente a quem pratica. Nessa perspectiva, Luís Greco aduz que "a posse de droga para consumo próprio é um comportamento que não ultrapassa a esfera de autonomia e que, portanto, não pode ser proibido." (...)Ademais, Rômulo Carvalho considera que "a criminalização da conduta não tem um significado, em particular no Brasil e na América Latina, uma resposta minimamente satisfatória para levar os indivíduos a deixar de praticar o consumo das substâncias vedadas ou proteger a saúde pública", por isso, conclui o autor, "a proibição do consumo fomenta o mercado ilegal e permite ainda a possibilidade de misturas mais tóxicas e nocivas".
>
> **2ª posição:** A criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional. A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio "é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno. MASSON (2022, p. 39)

Quanto a conduta dos crimes, é necessário demonstrar também que efetivando o caráter bifronte da Lei 11.343/2006, o legislador aderiu uma abordagem repressiva presente no artigo 33, caput, da Lei de Drogas, que definiu uma pena elevada ao crime de Tráfico de Drogas, com pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e multa.

Além disso, o caput desse artigo é composto por 18 verbos nucleares, sendo descrito da seguinte forma:

> Art. 33. **Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:** Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos)80 a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. BRASIL (2006) Grifo nosso.

Deste modo, ao analisar os verbos do tipo dos crimes de consumo pessoal e tráfico, é possível notar uma alta semelhança entre as condutas. Diante disso, o artigo 28, § 2º da Lei 11.343/2006 procura estabelecer critérios para distinguir o consumo próprio e o tráfico de drogas. O dispositivo disciplina da seguinte forma:

> § 2º Para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (BRASIL, 2006).

Contudo, apesar dessa previsão legislativa, na prática, não existe um critério concreto que possa diferenciar as condutas de porte para consumo pessoal e tráfico. Ademais, conforme exposto o referido dispositivo legal determina que o agente responsável deverá analisar o local e o contexto em que a ação ocorreu, as circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como natureza e à quantidade da substância em questão. Contudo, consoante aduzem Soares e Barbosa (2021, p. 15)

> [...] a falta de técnica legislativa em não definir objetivamente a quantidade de drogas que será considerada para uso pessoal, tal como a utilização de critérios subjetivos como o local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente, todos critérios previsto no § 2º do art. 28 da referida lei, ocasiona na prática em uma política antidroga utilizada pela força estatal para reprimir os indivíduos historicamente mais vulneráveis. SOARES E BARBOSA (2021, p.15)

Sendo assim, apesar da Lei prever que a avaliação da conduta ficará a critério do juiz, na maioria das vezes tal ato acaba ficando exposta a uma verificação prévia pelo policial responsável, que abordam o suspeito no momento da apreensão. Diante disso, THOMPSON (2007, p.91) relata que nessa operação de identificação policial:

> [...] há uma inversão: faz-se o exame da pessoa para ver se corresponde ao estereótipo do delinquente, para depois verificar se os outros fornecem elementos razoáveis para amparar a decisão sugerida pela convicção previamente atingida. Para tal convicção, a fonte de certeza reside em algo extrínseco à prova do fato, poia repousa sobre a prova relativa à personalidade do acusado. THOMPSON (2007, p.91)

Com isso, o procedimento em questão permite uma tipificação com alta possibilidade de subjetividade, podendo ocorrer erros e injustiças, pois, em muitos casos, acaba prevalecendo a narrativa trazida pelo agente policial. Desse modo, conforme (CARVALHO, 2019):

> [...] estudos mostram que corriqueiramente a narrativa policial prevalece quase intocada no Judiciário, onde acaba sendo ratificada, fechando o ciclo que permitiria ser a última salvação para suspeitos que se dizem injustiçados. (CARVALHO, 2019).

Diante disso, a necessidade de um parâmetro mais específico para diferenciar as condutas de consumo pessoal e tráfico, vem sendo amplamente levantada por doutrinadores e se tornou questão jurisprudencial, chegando ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do **Recurso Extraordinário 635.659/SP**, que discute, entre outros fatores, a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

No julgamento em questão, em seu voto o Ministro Alexandre de Moraes entendeu pela necessidade de fixar parâmetros mais claros para diferenciar usuários de maconha e traficantes. O ministro propôs tese segundo a qual devem ser presumidos como usuário aquele que guardar, adquirir, ter em depósito, transportar ou trazer consigo de 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas.

Para ilustrar a questão seguem alguns trechos do voto do Ministro que buscou fixar uma quantidade concreta de entorpecentes para diferenciar o consumo pessoal e o tráfico de Drogas, como demonstrado abaixo:

> Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância entorpecente "maconha", mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
> Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, **será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da**

> **escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior;**
> (...)
> Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores a faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário. (Recurso Extraordinário 635.659/SP, rel. Ministro Gilmar Mendes, 02.08.2023) **Grifo Nosso**

Com isso, baseado em diversos estudos norteadores em seu voto, o Ministro propõe uma interpretação quantitativa para evitar que estereótipos sejam utilizados na hora tipificar a conduta cometida como consumo pessoal ou Tráfico de Drogas.

Em seu voto o Ministro trouxe também uma importante estatística, infracitada:

> Triplicou-se em seis anos o número de presos por tráfico de drogas, mas não triplicamos o número de presos brancos, com mais de 30 anos e ensino superior, e sim o de pretos e pardos sem instrução e jovens. É preciso garantir a aplicação isonômica da Lei de Drogas para evitar que, em virtude de nível de instrução, idade, condição econômica e cor da pele você possa portar mais ou menos maconha. (Recurso Extraordinário 635.659/SP, rel. Ministro Gilmar Mendes, 02.08.2023)

Portanto, a posição jurisprudencial demonstrada pelo Ministro, demonstra a necessidade de impedir que a ausência de diferenciação concreta por parte da Lei 11.343/06 continue colaborando com a efetivação de prisões indevidas, aonde diversas vezes, usuários são

indiciados como traficantes por parte das autoridades, simplesmente por sua cor ou condição social.

Quanto a isso, cabe analisar a política de controle de drogas no Brasil, a fim de perceber de que maneira a política proibicionista utilizada influência nas prisões efetuadas com fulcro nos dispositivos da Lei de Drogas.

Em sua criação, essa Lei procurou trazer uma nova visão para o controle de drogas no Brasil, que como citado anteriormente alinhava uma política de caráter proibicionista, com uma abordagem também voltada para a Redução de Danos. Com isso, duas instituições se responsabilizavam sobre a questão das drogas no Brasil: a Secretaria Nacional Antidrogas, com caráter proibicionista e o Ministério da Saúde, que possuía uma abordagem voltada para a redução de danos.

Nesse interim, presente a diferenciação entre usuários e traficantes, criou-se o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD), sistema vigente atualmente, o SISNAD "prescreve medidas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas". (BRASIL, 2021)

Por meio desse sistema, nos últimos anos foram criadas diversas Políticas de combate a diferentes tipos de drogas, que buscaram trazer uma maior atuação das autoridades frente ao problema. Nesse sentido BASILIO (2022, p. 23) relata:

> (...) em 2007, foi instituída a Política Nacional sobre o Álcool, que estabeleceu "princípios fundamentais à sustentação de estratégias para o enfrentamento coletivo dos problemas relacionados ao consumo de álcool" (BRASIL, 2007). Já em 2008, foi aprovada a Lei. 11.705, que instituiu a campanha da Lei Seca no Brasil "com o intuito de reduzir acidentes de trânsito gerados por motoristas que estão sob efeito do álcool" (BATISTA, 1998).
>
> Posteriormente, em 2010, foi editado o Decreto 7.179 que introduziu no país o Plano Integrado de

> Enfrentamento ao Crack e outras Drogas, e objetivou a implementação de ações preventivas, de tratamento e de reinserção social de usuários e ao enfrentamento do tráfico de crack e outras drogas ilícitas.
> (...)
> Em 2012 foram introduzidas, através da Portaria n° 121/2012, as Unidades de
> Acolhimento para usuários de crack, álcool e outras drogas que oferecem
> "acolhimento voluntário e cuidados contínuos a usuários de substâncias psicoativas
> em situação de vulnerabilidade social e familiar" (OBSERVATÓRIO BAIANO SOBRE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS, 2012). BASILIO (2022, p.23)

Em contrapartida, apesar de diversos avanços, que trouxeram mais garantias ao acusado, o caráter proibicionista do combate nacional às drogas foi mantido e ainda ampliado, como por exemplo, no caso do crime de tráfico de drogas, que teve pena base aumentada, sendo atualmente de 5 a 15 anos. Por esses fatores, conforme exposto por CAMPOS (2021) "o ranking Global Policy Index 2021, comparou 30 nações e chegou à conclusão de que o Brasil possui a pior política de drogas do mundo".

De acordo com o autor, tal dado se justifica pelos seguintes motivos:

> Sobram repressão e desproporcionalidade no sistema de justiça criminal brasileiro. Falta política de saúde. E falta muita redução de danos. Apesar de muito interessante (e verdadeiro) o ranking faltou explicitar uma informação fundamental: a política de drogas brasileira é a pior política de drogas do mundo porque mesmo quando inovamos minimamente algo em termos legislativos (e aprovamos leis que ampliam pequenas garantias e direitos fundamentais dos acusados) nós temos as piores práticas da justiça

> criminal do mundo quando o assunto é a lei de drogas. Logo, o líder (de trás pra frente) da pior política de drogas não conquistou hoje essa posição. Muito pelo contrário, pois, data dos anos 2000: a aprovação da lei 11.343 em 2006 – a chamada Lei de Drogas – é o principal fator impactante no cenário de encarceramento massivo e do punitivismo terra brasilis que prende 30% da população prisional por drogas – 60% entre as mulheres e a esmagadora maioria jovens, pretos e periféricos, superlotando "as prisões da miséria" CAMPOS (2021)

Com isso, mesmo com uma abordagem razoável de redução de danos, a manutenção do caráter proibicionista da política de drogas, demonstrou-se com o passar dos anos totalmente ineficaz e prejudicial à sociedade, causando um aumento no número de encarceramentos que vítima em sua maioria jovens pretos e periféricos.

Desse modo, conclui Rolim que:

> (...) e experiências desse tipo encerrem verdades básicas que, entre nós, têm sido enterradas pelo discurso moralista dominante. O resultado é a "vegetação vingadora" das quadrilhas de traficantes, dos massacres nas favelas, da superpopulação prisional, da ausência de alternativas de tratamento para os dependentes e da corrupção que atinge a polícia e se espalha por todas as instâncias do poder. Por esses e outros efeitos, nunca foi tão evidente a necessidade de se mudar a política de drogas em nosso país. ROLIM (2006, p. 175)

O imediato efeito da Política de Drogas implementada no ano de 2006, foi um considerável aumento no encarceramento por drogas. Atualmente, conforme exposto por Campos (2021) "(...) o comércio de drogas é responsável hoje por 30% de toda população carcerária – 207.794 mil presos por drogas de um total de 811.000 mil presos. Em

2005, antes da lei entrar em vigor, este percentual era de 13% – 32.880 mil presos por drogas (Depen, 2021)".

Portanto, fica evidente que a Política de Drogas, proposta na Lei 11.343/06 não apresenta um combate efetivo a essa problemática, o caráter bifronte proposto é ineficaz na aplicação penal, pois a desproporção entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas, mantém inalterado o sistema proibicionista e ainda agrava as penas aplicadas.

Neste sentido CARVALHO (2016, p. 105) destaca:

> Embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a lei 6.368/76, reforçando-o. Neste sentido, a lógica discursiva diferenciadora iniciada na década de 1970 é consolidada no novo estatuto, em detrimento de projetos políticos alternativos (descriminalizadores) moldados a partir das políticas públicas de redução de danos.
>
> O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmias (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas. CARVALHO (2016, p.105)

Com isso, os dispositivos implementados não foram eficazes no combate às drogas, mas provocaram sérios reflexos no meio social e no sistema penitenciário brasileiro e, em específico, do Distrito Federal, os quais serão mais aprofundados nos próximos tópicos.

2.3 AS PRISÕES POR TRÁFICO DE DROGAS E A SELETIVIDADE PENAL

Conforme demonstrado anteriormente, uma das grandes transformações proporcionadas pela Lei de Drogas foi o aumento do número de prisões por tráfico de drogas e seus crimes correlacionados. Diante disso, no presente tópico serão expostos alguns aspectos penais e processuais da política de drogas, em contraste com estatísticas sobre as prisões com base na Lei 11.343/06 e sua relação com o fenômeno da seletividade penal.

A Lei em questão, continuou adotando o critério trifásico da pena, adotando a circunstâncias judiciais prevista no artigo 59 do Código Penal, com preponderância do artigo 42 da LD que dispõe:

> Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. BRASIL (2006)

Desse modo, conforme prevê a norma ao fixar a pena do réu, o magistrado deve aferir critérios quanto à natureza e à quantidade da substância apreendida, à personalidade e à conduta social do agente, que, no caso de constituírem circunstâncias judiciais desfavoráveis podem ser utilizadas para a imposição de um regime mais severo ao réu.

Além disso, na presente Lei, com a utilização dos critérios preponderantes previstos no artigo 42, existe a possibilidade de

exasperação da pena-base acima do mínimo legal, sem ofender o *bis in idem,* conforme demonstrado por MASSON (2022, p.220)

> Observe-se, por curial, que "a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos tanto para justificar a imposição do regime mais severo quanto para a exasperação da pena-base, não havendo, pois, que se falar em ofensa ao bis in idem, uma vez que para o estabelecimento do modo inicial de expiação da reprimenda devem ser consideradas as circunstâncias judiciais valoradas para a realização da dosimetria da pena, consoante prescreve o art. 33, § 3º, do CP."
> Aliás, desde a égide da revogada Lei 6.368/1976, a quantidade, a natureza e a variedade dos entorpecentes constituíam "motivação idônea para a exasperação da pena-base." E, obviamente, quanto maiores a variedade e a quantidade de droga apreendida, "maior potencial lesivo à sociedade, a exigir que a resposta penal seja proporcional ao crime praticado."
> Assim, em obséquio ao art. 42, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado na hipótese de a pena-base ser fixada acima do mínimo legal com lastro na quantidade e variedade das drogas apreendidas, argumentos válidos para tal fim. MASSON (2022, p. 221)

Destarte, a presença de circunstâncias judiciais que permitem o agravamento da pena, aliada a um aumento das penas dos crimes em espécie, expuseram o caráter proibicionista e punitivista dessa norma. Tal disposição é demonstrada pelo aumento da pena-base do crime de tráfico de drogas da Lei 11.343/06, em comparação a Lei 6.838/1976.

A Lei 11.343/06, trouxe um aumento da pena mínima do tráfico de drogas de 3, para 5 anos, em comparação com a Lei anterior, tendo sua pena-base estipulada entre 5-15 anos de prisão. Um fato que demonstra a tendência punitiva, que agrada a grande massa, mas não

promove uma solução concreta para o problema, ainda provocando outros como a superlotação do sistema prisional.

Essa tendência altamente punitiva, demonstra-se ineficaz, conforme exposto por CARVALHO (2016, p.125):

> O combate ao narcotráfico e ao crime organizado, no marco do direito penal do inimigo e da fixação do Estado de exceção permanente, dirime as fronteiras entre as políticas de segurança e o direito penal. o problema, desde a perspectiva do garantismo, é que o direito e o processo penal devem representar as barreiras de contenção das violências constantemente emanadas dos instrumentos da política repressiva. Do contrário, se operarem na legitimação e não na deslegitimação da violência, a tendência é o extravasamento e a perda do controle dos atos do poder.
> A oposição entre segurança e garantias penais e processuais, neste contexto, talvez seja uma das maiores falácias servidas ao público consumidor do direito penal. Não existe dicotomia entre a manutenção dos direitos e garantias individuais e a criação/ manutenção de sistemas democráticos de controle do desvio punível. O choque de perspectiva somente pode ser real se houver opção por modelos persecutórios autoritários. CARDOSO (2016, p.125)

Outrossim, aliado ao caráter punitivista herdado das leis anteriores, a Lei procurou não punir o usuário com pena privativa de liberdade, aplicando apenas medidas alternativas para o crime de consumo pessoal, previsto no artigo 28 da Lei. Ocorre, que a ausência de um critério delimitado, que possa efetivamente distinguir usuário e traficante colabora para que as prisões fiquem a critério das autoridades e assim, infelizmente, milhares de pessoas são presas indevidamente todos os anos.

Diante disso, NUCCI (2016) destaca a necessidade de uma norma mais eficaz, que possa descriminalizar o usuário, a fim de que esse não seja penalizado como traficante, conforme exposto:

> Preceitua o art. 28, § 2º, da Lei 11.343/2006 o seguinte: "para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente". Nem é preciso assinalar não ser o referido dispositivo aplicado, com efetividade, no cotidiano das prisões de pessoas que carregam ou manipulam drogas ilícitas. Aliás, torna-se extremamente fácil constatar o que ora se afirma: basta uma consulta à jurisprudência brasileira. O pesquisador poderá ler o conteúdo de sentenças e acórdãos e checar, por si mesmo, a inexistência da exploração desses requisitos para justificar a prisão preventiva de um indivíduo, portador de drogas, geralmente considerado traficante. Outro fator curioso, para não dizer desastroso, é a abissal diferença de visões entre magistrados: para uns, carregar 2 gramas de maconha é, sem dúvida, tráfico ilícito de drogas; para outros, por óbvio, é consumo pessoal; para terceiros, cuida-se de insignificância, logo, atípico. Não é preciso registrar que a primeira ideia é a franca vencedora na avaliação judicial. NUCCI (2016)

Concomitantemente, a ausência de previsão legislativa quanto a esse quesito trouxe margem para a presença de um fenômeno indesejado no sistema judiciário brasileiro: A Seletividade Penal. Por não existir uma diferenciação efetiva entre tráfico e consumo pessoal, percebe-se que a política repressiva de combate à entorpecentes não é direcionada a todos os sujeitos que cometeram crimes relativos ao

tráfico de drogas, na realidade, os mais afetados são as pessoas mais marginalizadas em nossa sociedade.

Nesse sentido, SOUZA (2021) explica:

> Quanto à política repressiva de combate aos entorpecentes, é possível verificar que não é direcionada a todos os sujeitos que cometeram crimes relativos ao tráfico de drogas, na realidade, tal política escolhe quem vai adentrar o sistema penitenciário. Por conseguinte, os escolhidos para adentrarem o cárcere pelo crime de tráfico de entorpecentes são os jovens negros, pobres e de baixa escolaridade, que habitam a periferia e são eliminados do mercado de trabalho. Consequentemente, o intuito do pensamento belicista de combate às drogas é reprimir os indivíduos que estão em desconformidade com as normas do mundo globalizado. SOUZA (2021)

Desse modo, dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA (2023) demonstram esse cenário, conforme dados expostos a seguir.

> Sobre o perfil que se mostrou predominante nos processos criminais de drogas, considerando-se apenas os casos em que foi encontrada informação no processo, tem-se que: 86% são homens; 71,26% têm 30 anos ou menos; 65,7% são pessoas negras; e 68,4% não chegaram a cursar o ensino médio. IPEA (2023, p. 98)

Além da evidente desigualdade existente no país, a pesquisa também demonstra o enorme número de jovens presos ou mortos durante o processo, sendo a morte, a principal causa de extinção de processos sem resolução do mérito.

> A despeito da faixa etária predominantemente jovem, o número de mortes registradas no curso do processo foi elevado, no patamar de 25 por cada 1.000 processados.37 Trata-se, aliás, da principal causa de decisão terminativa sem análise do mérito (31,2%), superando a prescrição e o arquivamento do IP. IPEA (2023, p. 97)

Por fim, o relatório destaca que o fator irrelevante da investigação e a centralização das abordagens motivadas pelas rondas policiais estruturam a ocorrência do fenômeno da "seletividade do processo penal", com base nas características dos suspeitos que são conduzidos às delegacias, sendo os alvos mais frequentes às minorias étnicas e raciais, os pobres que vivem nas periferias das grandes cidades e os jovens em geral.

JESUS (2016, p. 84) aprofunda o conceito de "suspeito":

> Alguns segmentos da sociedade despertam um grau elevado de fiscalização policial. Os alvos preferenciais da atuação policial são as minorias étnicas e raciais, os pobres que vivem nos bairros que compõem a chamada periferia das grandes cidades e os jovens em geral. (...) A vigilância policial é distribuída de forma seletiva (JESUS, 2016, p. 84).

Além disso, a Política em questão demonstra-se ineficaz, pois em sua maioria, pune os pequenos traficantes, ou tipifica como tráfico o porte de uma pequena quantidade de drogas, fazendo com que milhares de pessoas acabem respondendo por um crime de maior gravidade de forma indevida, agravando, mais ainda, a superlotação nos estabelecimentos prisionais do país.

A seletividade penal ocorrente, ficou em evidência no ano de 2017, quando o jovem Rafael Braga foi preso por Tráfico de Drogas, com base apenas nas palavras dos policiais, conforme relatado a seguir.

> Aos 28 anos, o catador de material reciclável foi condenado em primeira instância a 11 anos e três meses de reclusão por supostamente ter sido encontrado com 0,65 gramas de maconha, 9,3 gramas de cocaína, além de um rojão, no complexo de favelas da Penha, Zona Norte do Rio de Janeiro, no dia 16 de janeiro de 2016. Para esta condenação, bastou a palavra dos policiais militares que efetuaram a prisão de Rafael. O depoimento de uma testemunha ocular, que afirmou que Rafael não portava nada e teria sido agredido e ameaçado pelos policiais, foi completamente desconsiderado pela Justiça, além da alegação do próprio jovem, que confirmou o flagrante forjado, após ter sido intimidado. (RAFAEL, 2017)

O jovem respondeu pelo crime de Tráfico de Drogas, por portar uma pequena quantidade de entorpecentes, quando na verdade, caso houvesse um critério mais específico para a diferenciação entre o crime de tráfico e o uso pessoal, as autoridades responsáveis não teriam embasamento legal para condenar o réu a uma pena tão levada.

A situação fica ainda mais grave, quando os dados demonstram que raramente o crime de tráfico de drogas é desclassificado para consumo pessoal, conforme demonstrado pelo IPEA (2023, p.77)

> Um ponto de particular interesse à pesquisa era distinguir os casos sentenciados como crimes relacionados ao tráfico de drogas daqueles sentenciados como posse para uso próprio (art. 28 da Lei de Drogas). Os dados revelam que a desclassificação da denúncia ao art. 28 ocorreu em apenas 6,1% de todas as decisões terminativas, sendo relativamente mais comuns nos casos de decisão terminativa sem resolução do mérito. IPEA (2023, p.77)

Em contraste, a pesquisa informa também que 94,9% dos crimes denunciados pela Lei de Drogas 94,9% se referem a condenações por crimes previstos no capítulo II da Lei de Drogas (artigos 33 a 39). IPEA (2023, p. 79)

Destacam-se como tipos penais mais frequentes, em ambas as peças processuais, o caput do artigo 33(tráfico de drogas) e o artigo 35 (associação para o tráfico, respectivamente com taxas de condenação de 72,2% e 38,2%. IPEA (2023, p.80)

A tabela a seguir, demonstra a exorbitante diferença entre as denúncias por crimes do capítulo II da Lei 11.343/06 e as denúncias por consumo pessoal, que são minoria, entre as denúncias realizadas pelo poder judiciário, como exposto:

Tabela 1 - Proporção de condenações por crimes da Lei de Drogas em relação aos tipos penais indicados na denúncia – TJs

Tipos penais	Número de denúncias	Número de condenações	Percentual de condenações em relação ao número de denúncias
28 (posse para consumo pessoal)	282	1.008	357,4
Um ou mais crimes do Título IV, Capítulo II, da Lei de Drogas atual	39.734	28.594	72,0
33 caput (tráfico de drogas)	*37.215*	*26.884*	*72,2*
33, § 1º, inciso I (tráfico de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação)	147	89	60,5
33, § 1º, inciso II (cultivo de plantas)	161	77	47,8
33, § 1º, inciso III (utilização de local ou bem para tráfico)	49	23	46,9
33, § 2º (indução ao uso)	25	44	176,0
33, § 3º (oferecimento para consumo conjunto)	88	116	131,8
35 (associação)	14.784	5.654	38,2
37 (colaboração como informante)	*91*	*36*	*39,6*
34 (tráfico de maquinário/instrumentos de fabricação)	*228*	-	-
36 (financiamento)	2	-	-
39 (condução de embarcação ou aeronave após consumo)	7	-	-

Fonte: Ipea- Perfil do Processado e Produção de Provas nas Ações Criminais por Tráfico de Drogas (2023)

Além disso, conforme a pesquisa: "Alguns tipos penais apresentam mais condenações do que denúncias, o que está relacionado ao instituto da *emendatio libelli*, no qual se incluem a desclassificação do art. 33 (tráfico) para o art. 28 (posse para uso) e

outros casos em que o juiz altera a tipificação penal de ofício". IPEA (2023, p. 80)

A título de conhecimento, a *emendatio libelli* está prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal e prevê que "O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave". (BRASIL, 1941)

Portanto, a tabela em questão demonstra que em sua maioria as denúncias realizadas são pelos crimes relacionados ao tráfico de drogas, previstos no capítulo II da Lei de Drogas, representam a grande maioria das denúncias realizadas, crimes esses, com penas elevadas e com alto índice de condenação, conforme demonstrado pelo IPEA (2023, p. 89)

> Observou-se a aplicação de pena privativa de liberdade em 29.380 processos individuais, o que representa 97,5% das 30.123 sentenças de condenação por ao menos um dos crimes da denúncia (tabela 76). Entre os casos em que houve pena privativa de liberdade, 28.663 estiveram relacionados a crimes previstos na Lei de Drogas, isoladamente ou em conjunto com penas imputadas a crimes de outras leis.
>
> Considerando-se somente as penas aplicadas a crimes da Lei de Drogas – desprezando, portanto, as penas aplicadas a crimes previstos em outras leis –, o tempo médio da pena privativa de liberdade é de 5,5 anos. Nota-se ainda que em 33,6% dos casos a pena estabelecida para os crimes da Lei de Drogas foi de até quatro anos; em 32,0% esteve entre quatro e seis anos; em 19,1% entre seis e oito anos; restando 15,4% dos réus condenados a penas superiores a oito anos de reclusão (tabela 84). A média da pena de multa é de 641 dias-multa. Para fins de parâmetro de comparação, a pena do art. 33 da Lei de Drogas – tipo penal mais frequente – está prevista entre cinco e

> quinze anos de reclusão e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa. IPEA (2023, p.89)

Por esses dados, é perceptível que a abordagem proibicionista e altamente repressiva utilizada no sistema judiciário é ineficaz e tem um efeito extremamente devastador, pois, além de não tratar o problema das drogas como um agravo de saúde pública, colabora para que as prisões fiquem superlotadas, com uma estrutura precária com constantes violações aos direitos humanos.

Esse fenômeno, colabora para que as facções criminosas possam agir na ausência do Estado e conforme relatado por CARVALHO (2019)

> (...) as precariedades do sistema penitenciário abrem espaço para que integrantes das facções ofereçam ajuda, como o pagamento de um advogado, e outras assistências, como melhores condições na cela ou de contato com a família. "Quando sai de lá, o preso assumiu compromissos. CARVALHO (2019)

Diante disso, com o alto número de encarceramentos, o proibicionismo acaba fornecendo mão de obra para as organizações criminosas, colaborando para que algum indivíduo que entre no sistema penitenciário e acabe criando um vínculo compromissório, chegando a prestar serviços para as facções que controlam o crime no país.

Sendo assim, a partir da análise realizada no presente tópico, é possível perceber que a atual política de combate às drogas não cumpre seu propósito e acaba encarcerando em sua maioria a parcela mais pobre da população, sendo um esteio para a ocorrência do fenômeno da seletividade penal, que segue encarcerando as parcelas marginalizadas da sociedade.

Concomitantemente, é perceptível que a ausência de quesitos taxativos, que possam trazer um critério eficaz para diferenciar o traficante do usuário, demanda a responsabilidade de decidir se

o cidadão deve responder por tráfico ou consumo pessoal para os agentes públicos, sejam eles, policiais, promotores ou juízes, que diversas vezes, acabam colaborando para que os preconceitos e as desigualdades socias, se proliferem no âmbito jurídico, encarcerando uma enorme parcela de jovens pretos, pobres e periféricos que não possuem acesso a direitos sociais de forma adequada e acabam assim, sendo excluídos pelo meio social.

Ademais, concluindo o presente capítulo, a análise realizada permite reconhecer que mesmo a Lei de Drogas buscando implementar um tratamento diferenciado para usuários e traficantes, procurando "tratar" os usuários e "punir" os traficantes, a mesma manteve o caráter proibicionista das leis anteriores e continuou tratando a droga como um mal a ser vencido, baseando seu combate na teoria de que com um controle repressivo, haverá, a supressão do consumo. Tal ideia, acaba por não prosperar e a política de drogas, traz uma abordagem altamente punitiva que encarcera milhares de pessoas por ano no Brasil, sendo considerada a pior política de drogas do mundo.

Portanto, infere-se que a Lei 11.343/06 não cumpre seu propósito inicial de enfrentar o problema das drogas como um problema de saúde pública e com uma abordagem altamente repressiva, tem grande participação na superlotação dos presídios no país e ainda, colabora para que as desigualdades sociais continuem sendo evidenciadas pelas estatísticas do sistema carcerário do país.

3. PRISÕES POR TRÁFICO DE DROGAS NO DISTRITO FEDERAL

Após entender as características da Lei 11.343/06, seus efeitos e sua relação com a seletividade penal no Brasil, o presente capítulo irá analisar a realidade do problema das prisões por Tráfico de Drogas no Distrito Federal (DF).

A análise demonstrada a seguir tem o intuito de demonstrar a dimensão do problema estudado no âmbito do Distrito Federal e

como as organizações competentes vêm aplicando a política de drogas nessa região e, além disso, investigar quais grupos populacionais são mais afetados, na prática, no momento de aplicação da política proibicionista apresentada pela Lei 11.343/06.

Inicialmente, para entender o cenário do Distrito Federal, é importante demonstrar a quantidade de prisões por venda ou porte de drogas ilícitas nos últimos anos conforme apurado por INOUE (2024)

> Nos últimos cinco anos, mais de 20 mil pessoas foram presas no Distrito Federal por descumprirem a lei que trata sobre venda, uso ou porte de drogas ilícitas. Esse número representa 15,6% das prisões efetuadas no entre 2019 e 2023. Os dados foram adquiridos pelo R7 por meio da Lei de Acesso à Informação.
> Segundo a Polícia Civil do DF, 12,8% (16.453) das prisões dos últimos anos foram ligadas ao artigo 33 da lei de drogas, que proíbe o comércio, a produção, o armazenamento ou o fornecimento de substâncias ilícitas. A pena para esse crime varia de 5 a 15 anos de reclusão, além de pagamento de multa. (INOUE, 2024)

Tal cenário, demonstra que a Lei 11.343/06, também causou impacto no sistema penitenciário do DF. Diante disso, o presente capítulo buscará analisar as prisões com base nesta Lei na região, analisando também as prisões preventivas, os flagrantes convertidos em preventiva junto as características socioeconômicas necessárias com base em dados quantitativos e qualitativos que permitem enxergar o problema de pesquisa e evidenciar a presença da seletividade penal.

3.1 AS PRISÕES EM FLAGRANTE CONVERTIDAS EM PREVENTIVA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Conforme pesquisa realizada por PACHECO (2022) ao analisar os dados obtidos na 5ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal no

período de 21 de julho de 2021 a 19 de outubro de 2021, foi identificado que 87,7% das prisões por Tráfico de Drogas nessa vara têm como origem a prisão em flagrante.

Além disso, a autora também analisou a quantidade de drogas apreendidas nas investigações policiais, conforme demonstrado abaixo:

> Ao analisar o êxito da atividade investigativa por tráfico de drogas, isto é, a quantidade de drogas apreendida nas investigações policiais, observou-se que independente da natureza da droga ou do tipo de investigação (se auto de prisão em flagrante ou instauração de inquérito policial), tem-se como resultado apreensões de poucas quantidades. Nos processos em que houve apreensão de maconha, 57,5% das apreensões foram de quantidades inferiores a 100 g. Em relação às apreensões de cocaína, 81,9% dos processos tiveram apreensões inferiores a 100 g, e em 54,6% dos processos a quantidade sequer passou de 10 g. Já nos processos em que foram apreendidas outras drogas, 62,26% dessas apreensões foram de até 10 g de drogas sintéticas.
>
> Na avaliação conjunta da natureza e da quantidade do entorpecente, verifica-se que majoritariamente, as apreensões de drogas, mesmo quando amparadas por uma investigação prévia, se concentram em quantidades inferiores a 100 g. Essa pouca quantidade de droga apreendida revela um modelo de repressão voltado, quase exclusivamente, para o mercado varejista, que é incapaz de denunciar qualquer fluxo ou comércio de drogas estruturado, mas muito diz sobre a seletividade da justiça criminal. PACHECO (2022, p. 15)

Tal dado, segue a realidade nacional em que grande parte das ocorrências apreende pequenas quantidades, prendendo, na maioria

das vezes, pequenos traficantes ou pessoas que portavam uma quantia pequena de drogas, que seria destinada para consumo próprio.

Além disso, por meio da pesquisa estudada a autora também analisou os casos de ingresso domiciliar nos flagrantes por Tráfico de Drogas e percebeu que existe uma desigualdade neste quesito entre as regiões administrativas do DF, aonde foi possível perceber que nas regiões periféricas o ingresso ao domicilio sem mandado judicial costuma ser mais frequente do que as abordagens em local público.

Junto a isso, também foi demonstrado que nas regiões aonde o poder aquisitivo e as condições sociais são mais elevadas, quase não ocorreram flagrantes com ingresso domiciliar sem mandado judicial, como demonstrado abaixo:

> (...) No Plano Piloto, dos 32 casos de flagrante delito, em 3 deles houve ingresso no domicílio. Já em Ceilândia, que teve 88 casos, em 46 desses houve ingresso no domicílio, enquanto em 42 a abordagem ficou restrita a locais públicos. Em Sobradinho, assim como em Ceilândia, o número de abordagens em que houve violação ao domicílio da pessoa suspeita sobrepôs as abordagens em local público (20 contra 18, totalizando 38 casos). No Recanto das Emas, em mais de metade dos casos houve ingresso no domicílio durante a abordagem policial (15 de um total de 23 processos), e em Taguatinga, dos 61 processos, 15 foram marcados pela entrada policial na casa da pessoa suspeita.
>
> Assim, para responder a segunda pergunta proposta por esta pesquisa — o local das prisões em flagrante (se em local público ou no domicílio da pessoa suspeita) — é necessário fazer um recorte espacial, isto porque, conforme evidenciam os dados coletados, a atuação policial em muito se difere a depender da região administrativa em que ocorre, em especial em relação ao ingresso domiciliar. PACHECO (2022, p. 17)

Os dados expostos demonstram que a atuação policial costuma ser mais hostil nas regiões administrativas onde residem pessoas com menor poder aquisitivo, aonde, no caso analisado, a atuação policial violou garantias constitucionais como a inviolabilidade do domicílio. Desse modo, a população periférica, acaba ficando exposta a uma atuação intimidadora e coerciva dessas autoridades, que viola garantias das populações mais vulneráveis.

Ainda nesse sentido PACHECO (2022, p. 22) demonstra outro dado importante:

> De acordo com os dados já apresentados, em 46,1% (97 de 210) casos em que houve ingresso ao domicílio, a pessoa foi abordada na rua e posteriormente conduzida a sua residência, onde, segundo os autos de prisão em flagrante, "consentiu" que os policiais entrassem em seu domicílio. São casos em que não existem dúvidas de que se trataram de violações arbitrárias à casa das pessoas; por não saberem a localização da casa, os policiais não tinham condições de aferir se dentro do domicílio ocorria uma situação de flagrante. PACHECO (2022, p. 22)

Sobre o consentimento no qual os policiais justificaram o ingresso no domicílio, demonstram a relativização do conceito de "consentimento", pois, ao utilizarem de sua força policial, estando armados, podem induzir o cidadão abordado a aceitar uma abordagem em sua residência. Esse também foi o entendimento trazido pelo Ministro Rogério Schietti no HC 598.051/SP, conforme infracitado:

> (...) chega a ser, para dizer o mínimo, ingenuidade acreditar que uma pessoa abordada por dois ou três policiais militares, armados, nem sempre cordatos na abordagem, livremente concorde, sobretudo de noite ou de madrugada, em franquear àqueles a sua residência, ciente, pelo senso comum, do que implica

> tal situação para a intimidade de um lar. BRASIL (2021, p. 57)

Desse modo, por meio dos dados analisados, é possível perceber a existência de desigualdades no teor da atuação policial, nesse caso em específico, do ingresso domiciliar das autoridades policiais sem mandado judicial, expondo, a ocorrência da seletividade penal nos flagrantes por tráfico de drogas ocorridos no Distrito Federal.

Ademais, quando ocorridos os flagrantes, esses podem ser convertidos em prisões preventivas como medida cautelar conforme prevê o artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal (CPP).

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. BRASIL (1941)

Diante disso, conforme disposto no artigo, essa medida somente poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Na Lei de Drogas, da qual trata o presente estudo até o ano de 2012, em seu artigo 44 previa que "os crimes previstos no art. 33, § 1º e o art. 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos." BRASIL (2006)

Porém, por meio do HC 97.256, o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme o relator Ministro Ayres Britto declarou inconstitucional a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, conforme exposto:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...)

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. **E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal.** As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "**vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.** (HC 97256/RS, Rel. Min.

> Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, publicado em 16/12/2010) **Grifo nosso.**

Demonstra-se assim que o poder constituinte, exercido pelo STF, corrigiu um excesso da Lei, que feria garantias constitucionais, cometidos por conta do caráter altamente punitivista no qual foi elaborado a Lei de Drogas.

Nesse sentido, por ser um dos crimes que mais prende no Brasil, o Tráfico de Drogas também representa um alto grau de incidência de prisões preventivas, das quais, diversas decisões negam a liberdade provisória do acusado de tráfico ilícito de entorpecentes, justificando a prisão pela manutenção da ordem pública, de forma redundante, que se preocupa mais em punir do que realmente evitar a ocorrência de novos delitos. Com isso, podem ser encontrados diversos julgamentos com esse fundamento, como por o exemplo o HC nº 1.864.181 de 23/05/2024.

> HABEAS CORPUS. ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO PREVENTIVA. PROVA MATERIALIDADE. INDÍCIOS AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITUOSA. HIGIDEZ DO ATO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EVENTUAIS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. INSUFICIÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. POSSÍVEL DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Habeas Corpus impetrado em favor de paciente denunciado pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06, com propósito de revogação de prisão preventiva e deferimento de imediata soltura. (...) 5. A manutenção da prisão preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, visto caracterizar medida meramente acautelatória - e não punitiva

> - sem o escopo de antecipação de pena. 6. Descabe-se falar, nesse momento processual, em possível desproporcionalidade da custódia cautelar à provável futura pena, pois a redutora prevista no art. 33, §4º não é direito subjetivo do acusado. 7. Ordem denegada. (TJDFT –1ª Turma Crminal- HC. 1864181 – Rel Des. Leila Arlanch – Unânime – Julgado em 23/05/2024 – Dje 29/05/2024)

Assim, diversas são as violações ocorridas nessa fase processual, pois conforme prevê a legislação brasileira a prisão preventiva deve ser imposta como medida excepcional, conforme demonstrado por AZEVEDO (2022, p. 21)

> (...) Não é constitucional o cerceamento da liberdade de um indivíduo baseando-se vítimas genéricas, vez que na maioria das inexiste a demonstração de fatos concretos do real perigo que a liberdade do indivíduo representa para a sociedade.
> Além disso, a legislação brasileira impõe como medida excepcional a prisão preventiva, vislumbrando a quantidade de medidas cautelares que podem ser adequadas a quem comete um crime sem violência ou grave ameaça, muito pelo contrário, as "vítimas" do crime de tráfico são alusões genéricas e sua letalidade é suposição, uma vez que se fala em direito de terceiros.
> Vale destacar que a questão de ordem pública incide diretamente no direito de outras pessoas, de modo a zelar pela saúde pública, foi declarada pelos Estados medidas mais lesivas a sua população que as próprias substâncias ilícitas, a guerra às drogas acumula mais vítimas do que o uso de drogas. AZEVEDO (2022, p. 21)

Com isso, fica evidente que as prisões preventivas, não devem ser regra no ordenamento jurídico, mas sim uma medida excepcional,

utilizada em casos específicos e em acordo com as previsões dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Ademais, inflar ainda mais o sistema prisional e cercear a liberdade de acusados, ferindo garantias constitucionais como a presunção de inocência, o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, não garantem a ordem pública e causam sérios prejuízos a sociedade como um todo.

Por isso, não é adequado manter o cerceamento de liberdade como regra nos casos da Lei 11.343/06, violando uma das garantias fundamentais e a presunção de inocência de alguém que ainda não foi julgado definitivamente, nesta senda, complementa AZEVEDO (2022, p. 24):

> (...) uma das garantias fundamentais para o funcionamento de uma sociedade democrática é a inviolabilidade da liberdade, somado a isso, a presunção de inocência, quando possível, deve sempre ser escolhida preferencialmente. Uma vez aprisionando um inocente, nunca mais esse tempo de prisão injusta poderá ser recuperado, assim como, suas experiências traumáticas, vislumbra então a necessidade de cautela na aplicabilidade da ferramenta processual. AZEVEDO (2022, p. 24)

Dito isso, a presente pesquisa buscou analisar a incidência das prisões preventivas por Tráfico de Drogas no Distrito Federal, com base em dados disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

Deste modo, a seguir serão expostos alguns dados que demonstram a ocorrência dos flagrantes por tráfico de drogas convertidos em prisão preventiva no Distrito Federal nos anos de 2020, 2021, 2022 e 2023.

Tabela 2 – Prisões em Flagrante por Tráfico de Drogas convertidas em prisões preventivas no Distrito Federal

PRISÕES EM FLAGRANTE CONVERTIDAS EM PRISÕES PREVENTIVAS NO DF				
ANO	2020	2021	2022	2023
PRISÕES EM FLAGRANTE	2.899	2.644	2.158	2.206
CONVERTIDAS EM PREVENTIVAS	1.136	1.135	979	821
PORCENTAGEM	**39%**	**43%**	**45%**	**37%**

Fonte: TJDFT (2024), tabela do Excel elaborada pelo autor.

Conforme os dados da tabela em questão, é possível perceber que o número de prisões em flagrante tem diminuído no Distrito Federal com diminuição de 24% do ano de 2020 para o ano de 2023.

Além disso, a tabela também demonstra que apesar de um aumento no percentual de flagrantes convertidos em preventiva nos anos de 2021 e 2022, o ano de 2023 representou uma queda considerável, tendo registrado o percentual de 37%, o menor dentre os anos analisados. Porém, vale ressaltar, que ano após ano, o número de conversões em preventiva vem reduzindo saindo de 1.136 em 2020, para 821 no ano de 2023.

Portanto, os dados apresentados demonstram uma tendência de diminuição tanto no número de prisões em flagrante, quanto no número de conversões em prisão preventiva no Distrito Federal.

Então, com base nos dados apresentados é possível inferir que o sistema de justiça do Distrito Federal, por meio da atuação das forças policiais e do TJDFT vem apresentando uma redução no número de prisões em flagrante por Tráfico de Drogas convertidas em prisões preventivas, o que expõe que os juízes do DF têm preferido outras medidas em face das prisões preventivas que restringem a liberdade do acusado durante o processo criminal.

3.2 COMPARATIVO DAS PRISÕES POR TRÁFICO DE DROGAS NO DISTRITO FEDERAL EM RELAÇÃO AO BRASIL

Para encerrar a análise sobre a situação das prisões por Tráfico de Drogas no Distrito Federal, no presente tópico será realizado um estudo da porcentagem de presos por Tráfico de Drogas em relação a toda a população carcerária do Distrito Federal, realizando um comparativo em relação a mesma situação no âmbito nacional, com base em dados do Relatório de Informações Penais (RELIPEN) referente ao segundo semestre de 2023.

Tabela 3 – Presos com base na Lei 11.343/06 – Brasil e Distrito Federal

PRESOS COM BASE NA LEI 11.343/06 BRASIL E DISTRITO FEDERAL				
CRIME	TRÁFICO DE DROGAS	ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO	TRÁFICO INTERNACIONAL	TOTAL
DF	2.985	572	31	**3.588**
BRASIL	168.021	25.529	6.181	**199.731**

Fonte: Secretária Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) (2023) – Tabela do Excel elaborada pelo autor.

Para complementar a análise, foi elaborada uma tabela comparando a porcentagem de presos pela Lei de Drogas em relação a população carcerária no Distrito Federal e no Brasil.

Tabela 4 – Porcentagem de presos pela Lei 11.343/06, comparativo Brasil e Distrito Federal

PORCENTAGEM DE PRESOS PELA LEI 11.343/06 - BRASIL E DISTRITO FEDERAL			
PRISÕES	LEI 11.343/06	POPULAÇÃO CARCERÁRIA TOTAL	PERCENTUAL
DF	3.588	15.469	**23%**
BRASIL	199.731	644.316	**31%**

Fonte: Secretária Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) (2023) – Tabela do Excel elaborada pelo autor.

A partir dos dados apresentados, é possível perceber que a Lei de Drogas possui um percentual inferior ao número total de presos

no Distrito Federal em relação ao percentual nacional. Entretanto, a colaboração da Lei de Drogas para o número de presos no Distrito Federal ainda é muito alta, pois a área também reflete a implementação da política punitivista adotada no país, possuindo setores específicos de combate às drogas em seu sistema de segurança que colaboram com o alto índice de repressão, como demonstrado pelo promotor e professor do Centro Universitário de Brasília (CEUB) Dr. Antonio Suxberger em matéria de INOUE (2024):

> (...) O DF possui cinco varas exclusivas para situações que dizem respeito a entorpecentes, o que é evidenciado no próprio Ministério Público com dez promotorias de Justiça com atribuição especializada na temática de drogas. De acordo com o advogado, essa situação fortalece o controle penal de drogas.
> A incidência do controle penal, ou seja, investigações, processos e condenações em crimes de drogas no DF têm uma notificação mais elevada por conta, justamente, dessa especialização tanto do ponto de vista da atividade dos atores do controle penal quanto igualmente das estruturas institucionais. INOUE (2024)

Diante disso, fica exposto que o Distrito Federal também reproduz as mesmas características das guerras às drogas presentes em todo país. Um sistema de repressão intenso e de alto custo, que na prática não é eficiente.

Como já demonstrado anteriormente, a maioria das apreensões realizadas, são de pequenas quantidades, sendo essas de possíveis usuários, ou pequenos traficantes, tal situação se reflete em todo país, como demonstrado em pesquisa do IPEA sobre os Critérios Objetivos no Processamento Criminal por Tráfico de Drogas.

> Para as pesquisadoras, no cenário nacional, observa-se a predominância de processos de tráfico

> relacionados a pequenas quantidades de maconha e de cocaína, casos em que seria possível presumir posse de drogas para uso pessoal, se fossem adotados critérios objetivos de quantidade. "Os registros de quantidades de drogas nos processos são imprecisos, a ponto de não se saber se a substância foi pesada com ou sem o recipiente que a continha", afirmam as autoras. O estudo reforça a necessidade de parâmetros objetivos relacionados à natureza e à quantidade de substâncias apreendidas, com o intuito de conferir maior racionalidade, justiça e equidade na aplicação da lei penal sobre drogas, concluíram. IPEA (2023)

Desse modo, mesmo com um grau menor de participação na população carcerária, os números referentes a execução da política de Drogas no DF são semelhantes aos dados a nível nacional, sendo essa a reprodução de uma atuação altamente punitiva e proibicionista, sendo evidente, que os grupos socialmente vulneráveis acabam sendo os mais afetados pela repressão policial e o alto número de encarceramentos.

Portanto, com os fatos apresentados, conclui-se que mesmo com um sistema de justiça privilegiado em relação aos outros entes federativos, com maior custeio e qualificação dos seus recursos humanos, o Distrito Federal também foi afetado pela política proibicionista e a alta repressão presentes na Lei 11.343/06.

Por isso, é necessário buscar outros caminhos para a política de drogas no Brasil, que atualmente, traz mais prejuízos do que benefícios a sociedade brasileira como um todo. Desse modo, no último capítulo desse artigo serão analisadas soluções doutrinárias propostas para o problema, além de uma análise jurisprudencial e legislativa sobre as novas proposições sobre um tema, em conjunto com a análise das políticas internacionais mais atuais acerca do tema.

4. POLÍTICA DE DROGAS: SOLUÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

O último capítulo deste artigo, tem como intuito explorar possíveis alternativas para o problema desse trabalho, o encarceramento em massa e a alta ocorrência da seletividade penal nas prisões com base na Lei 11.343/06. Desse modo, inicialmente CARVALHO (2016, p. 384) demonstra como uma política antiproibicionista pode trazer benefícios para a sociedade.

> A eleição dos sujeitos envolvidos com drogas como os novos inimigos da sociedade global reduziu toda a complexa problemá- tica ao exclusivo âmbito penal. Esta escolha, não obstante potencializar violências, impossibilitou historicamente soluções alternativas (não penais) baseadas na diversificação e na redução dos riscos e dos danos provocados pelo (ab)uso de drogas.
> (...)
> Neste sentido, o contra efeito à criminalização (projeto antiproibicionista) pode abrir espaços para políticas preventivas inovadoras com maior eficácia na redução dos danos provocados pelas drogas e pelo próprio abuso do poder penal. A retirada do problema da ilegalidade, possibilitando sua visibilidade, abriria espaço para incremento da informação educacional, para o incentivo agrícola de culturas alternativas e para a regulamentação do comércio e do uso de substâncias entorpecentes. CARVALHO (2016, p. 384)

Com isso, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial, busca se discutir os rumos da política de drogas no Brasil, os paradigmas do proibicionismo e a forma como a comunidade internacional vem lidando com a questão das drogas no mundo.

4.1 O ANTIPROIBICIONISMO E A DESCRIMINALIZAÇÃO

Conforme já exposto, a política atual de combate às drogas, de caráter proibicionista e altamente punitiva demonstra-se falha e prejudicial à sociedade. Desse modo, é possível entender que uma política de abstinência total não é dotada de efetividade, pois o uso de drogas ou entorpecentes faz parte da história de diversos povos, seja como ritual religioso, ou como costume que se perpetuou ao longo da história.

Por isso, a alta repressão não trata de fato o problema, pois a abstinência total de drogas é um conceito utópico que nunca foi devidamente efetivado no mundo. Nesse sentido, a proibição apenas serve como um escopo para que as autoridades se esquivem da ausência de presença do Estado nas esferas educacionais e sanitárias, junto a uma constante violação aos direitos e garantias individuais, conforme exposto por CARVALHO (2016, p.206)

> Sustenta Miron que a análise global da política repressivista permite afirmar que a proibição diminui apenas moderadamente o consumo enquanto aumenta vertiginosamente a violência. No Brasil, a análise dos efeitos da criminalização das drogas valida a hipótese. todavia, para além de apenas referendar conclusão universalizadora, a realidade brasileira comprova a tese de forma superdimensionada, haja vista as omissões nas esferas sanitária e educacional e o impacto das violências nos direitos e garantias individuais em decorrência do abuso de poder das autoridades públicas constituídas. CARVALHO (2016, p.206)

Concomitantemente, desde meados dos anos 1990, mais especificamente no ano de 1992, o Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEN) presidido por Ester Kosovski propôs um rompimento com as políticas proibicionistas por meio da elaboração da Proposta para

uma Política Nacional de Drogas, que, naquele momento, quebrava paradigmas ao buscar não somente a punição, mas a prevenção das drogas lícitas ou ilícitas em diversos níveis, que conforme relatado por CARVALHO constatava que:

> (...) "o consumo de produtos capazes de alterar o psiquismo humano faz parte da vida em sociedade. O álcool, cujo uso é permitido e até́ estimulado, geralmente é considerado como um 'mediador das relações sociais'. A maconha, para muitos jovens, cumpre o papel de facilitar sua integração ao grupo, ou até mesmo uma forma de transgressão e agressão ao meio no momento crítico de sua passagem à vida adulta. O abuso de determinados medicamentos pode também ter como origem a tentativa de minimizar as tensões geradas pela sociedade moderna". CARVALHO (2016, p.207)

Desse modo, a proposta alternava de uma política de drogas com ideologia autoritária e repressiva e partia para uma política de prevenção integral, sendo estruturada em três estágios de prevenção, descritos por CARVALHO da seguinte forma:

> O Programa de Prevenção Integral estaria dividido em três momentos específicos. As estratégias de prevenção primária intentariam impedir o primeiro contato do indivíduo com a droga, antecipando-se à experimentação, através de planos de esclarecimento nos grupos familiares, nas escolas e no ambiente profissional do usuário em potencial (jovem). A prevenção secundária teria a finalidade de reduzir os danos decorrentes do uso, para, em caso de derivar dependência (prevenção terciária), propor alternativas de tratamento ao dependente. CARVALHO (2016, p. 208)

Assim, o programa modificava a repressão ao indivíduo, que passava a ser o centro da prevenção e a repressão e fiscalização se dirigiam somente ao produto, à droga e à regulamentação ou proibição da oferta, tratando o assunto como uma questão de saúde pública, retirando o caráter penal presente na política de drogas nacional.

Portanto, o projeto apresentado era pautado em uma abordagem antiproibicionista fundado na ideia da mínima intervenção penal, cuja base se encontrava nos processos de descriminalização, restringindo assim, qualquer tipo de atuação punitiva em relação ao uso de entorpecentes enquanto estivesse limitado ao consumo doméstico. Nesse sentido, CARVALHO conclui:

> (...) O projeto mantinha a proibição do consumo, mas apenas em locais públicos. Em caso de infração, determinava a apreensão da droga (art. 6º), não do usuário, como geralmente ocorre no sistema proibicionista. Com a retirada compulsória da droga e do sujeito do estabelecimento de uso público, o usuário ficaria sujeito a sanções administrativas (art. 6o,§ 4o) – (a) suspensão, por seis meses a um ano (em caso de reiteração) ou cassação (terceira ocorrência), de licença para conduzir veículo terrestre, aéreo ou marítimo, se a infração ocorrer quando de sua condução ou por ocasião dela; (b) suspensão, por um ano, ou cassação (em caso de reiteração) de licença de condução quando se tratar de qualquer meio de transporte público; (c) suspensão de licença para porte de arma, por seis meses, cassada no caso de repetição da conduta; (d) pagamento de multa, exceto em estado de pobreza; e (e) quando estrangeiro, independente das demais sanções, suspensão da permissão de estada no País.
>
> Com a otimização da prevenção (integral) e a revogação das modalidades de porte de entorpecentes para uso pessoal, permaneceria exclusivamente o discurso punitivo em relação às hipóteses de comércio clandestino, fabricação de instrumentos destinados à preparação,

> associação para o tráfico e prescrição ilegal por agente de saúde. CARVALHO (2016, p. 209)

Diante disso, a proposição do CONFEN realizada durante a década de 1990, expõe a viabilidade de um projeto com fundamento nos sérios diagnósticos sobre os elevados custos da opção criminalizadora, demonstrando que no Brasil também é possível tratar a questão das drogas sem uma abordagem criminal e proibicionista, trazendo um enfoque maior na prevenção e no ato de fiscalizar as formas de comércio ilegal.

Fica então, evidente que a política criminal de drogas permeia graves violações aos direitos fundamentais e não trata o problema de forma preventiva, com foco na conscientização e tratamento do usuário. Com isso, a abordagem punitiva oculta a real face do problema, que é centrada na ineficácia dos gestores de realizarem iniciativas efetivas para tal questão, conforme demonstrado por CARVALHO (2016, p. 214).

> No caso das drogas, a inatividade em matéria de criação de programas de recuperação na órbita do direito à saúde é compensada pela ansiedade criminalizadora, sacrificando por ação (penal) e omissão (social) a saúde do sujeito capturado pelas agências de punitividade. Trata-se, pois, de efeito perverso dobrado: danos à saúde pública por inação; ofensa comissiva à saúde individual amparada pelo discurso da tutela penal da saúde pública não fornecida. CARVALHO (2016, p. 214)

Por esses motivos, a implementação de uma política antiproibicionista e de descriminalização, além de combater a questão das drogas como uma questão de saúde pública, com enfoque na prevenção e no tratamento, contribuiria também para a redução da população carcerária.

Desse modo, diante do atual cenário de um elevado número de presos, uma política de desencarceramento fundada na descriminalização das drogas, demonstra-se viável em sua amplitude da palavra ou somente para alguns tipos de entorpecentes, como a maconha, a droga ilícita mais consumida e também a que gera o maior número de apreensões.

Com isso, por meio de análise de modelos internacionais é possível perceber que países que adotaram uma política de descriminalização de determinadas substâncias entorpecentes, obtiveram maior redução no número de crimes ligados a drogas, o que, por consequência, colaborou para a redução do número de presos.

Nesse sentido, CARREIRA destaca o modelo adotado pela legislação portuguesa, que foi pioneiro na questão de descriminalização das drogas nos anos 2000.

> Nesse sentido o modelo adotado pela legislação portuguesa, que passou a tratar o usuário como consumidor, criando meios de diferenciação e o afastando da vala comum que poderia ensejar na imputação de tráfico, se mostrou o mais adequado. Segundo Maurides de Melo Ribeiro, o modelo português apresentou resultados satisfatórios, ao descriminalizar o uso de drogas, não se verificou uma elevação no número de usuários, como sustentavam os críticos do modelo. CARREIRA (2017, p.10)

Assim, o modelo português implementado no ano de 2000, expõe ótimos resultados como a redução de encarceramentos e redução do índice de consumo de entorpecentes em toda a sociedade, outro ponto importante, é que a abordagem foi modificada, pessoas que eram tratadas como criminosas passaram a receber cuidados pelo poder público, conforme exposto por LINDE.

> As drogas entraram com força em Portugal quando terminou a ditadura. (...) Os Governos democráticos tentaram resolver o problema com mão dura: tolerância zero com traficantes, e também com consumidores, sobre os quais caía o peso do sistema penal se fossem pegos em flagrante. Mas a situação só piorava: o consumo crescia no mesmo ritmo das doenças infecciosas e da superlotação das prisões. Até abril de 1999. Há 20 anos, o país deu uma guinada em suas políticas e tornou-se uma referência mundial. Foi então que o Governo aprovou uma nova estratégia que começaria a ser implementada dois anos depois, após longos debates com a sociedade civil e no Parlamento. A legislação estava longe de ser revolucionária: descriminalizar o consumo daqueles que portassem no máximo 10 doses de uma determinada substância ilícita. Não muito diferente do que acontece na Espanha, por exemplo. Mas o que fez a diferença foi a mudança de sensibilidade em relação aos viciados: deixaram de ser tratados como criminosos, receberam programas de cuidados, de substituição de heroína por metadona, foram incluídos no sistema de saúde para tratarem suas doenças. Os resultados não demoraram a chegar. **Apesar de o consumo global de drogas não ter diminuído, o de heroína e cocaína, duas das mais problemáticas, passou de afetar 1% da população portuguesa para 0,3%;** As contaminações por HIV entre os consumidores caíram pela metade (na população total, passaram de 104 novos casos por milhão ao ano em 1999 para 4,2 em 2015)**, e a população carcerária por motivos relacionados às drogas caiu de 75% a 45%, segundo dados da Agência Piaget para o Desenvolvimento (Apdes).** LINDE (2019) **(grifo nosso)**

Como demonstrado, o modelo português de tratamento sobre a questão de drogas, logrou êxito não somente na redução do número

de encarceramentos, mas também em diversas questões como a redução dos casos de HIV e diminuição do número de usuários. Tais abordagens de preferência da conscientização e prevenção sobre punições colaboraram para que a sociedade portuguesa recebesse diversos benefícios.

A prevalência de um tratamento humanitário e a utilização de sanções administrativas para somente aqueles que escolherem não se tratar colaborou para que as estatísticas de número de punições e de consumo da droga reduzissem no país, como mostra CATARINO (2020, p. 28).

> Importa ainda referir que, até 2009, a generalidade dos processos administrativos tratados pelas Comissões de Dissuasão para a Toxicodependência era resolvida com a figura da suspensão provisória do processo para os consumidores que não fossem considerados toxicodependentes. Ora, considerando-se que o principal objetivo desta política era a dissuasão do consumo, esta medida atestou-se enquanto a melhor medida uma vez que o consumidor aceitava tratar-se, caso contrário seria penalizado por sanção administrativa.
>
> Quanto aos processos que passaram pelas CDT e que não terminaram com a suspensão provisória do processo, apenas 14% resultaram em punições, sendo que mais de 70% dessas punições foram apresentações periódicas em locais determinados pelas CDT, serviço comunitário, interdição de frequência de determinados locais e admoestações. Como tal, tendo em conta o exposto a supra, a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000 de 29 de novembro não foi a origem de um aumento substancial do consumo de droga, sendo que os dados apontam exatamente para o oposto. CATARINO (2020, p.28)

Portanto, a medida descriminalizadora bem sucedida de Portugal, demonstra que uma política de drogas antiproibicionista com caráter preventivo e humanitário pode trazer diversos benefícios para a sociedade, que vão além da redução da população carcerária, pois ao tratar o problema de forma séria, com enfoque na conscientização e prevenção, ao abandonar o caráter repressivo da chamada "guerra às drogas", o país conseguiu benefícios não só em seu sistema de justiça, mas também no âmbito sanitário, com a redução de doenças infecciosas e também no consumo de entorpecentes no país.

Ademais, a comunidade internacional, representada pela Organização das Nações Unidas (ONU), já possui o entendimento de que a guerra às drogas, demonstrou-se falha e danosa ao passar dos anos, onde já ficou evidente que a punição e a exclusão, feita por meio do isolamento social não resolvem a questão das drogas.

Por isso, a ONU, em 2019 lançou as diretrizes internacionais para políticas de drogas baseadas em direitos humanos, buscando recomendar uma nova abordagem para as legislações sobre drogas pelo mundo, conforme demonstrado por UNODC (2019).

> Buscando promover o Estado de Direito, as diretrizes apresentam recomendações sobre a administração da justiça - abordando temas como práticas discriminatórias de policiamento, prisão e detenção arbitrária e descriminalização de drogas para uso pessoal - e articulam o estado global da legislação sobre direitos humanos em relação à política de drogas, que inclui acabar com a pena de morte por delitos relacionados a drogas.
> Pelo menos 25 governos - da Argentina à África do Sul - já revogaram penalidades criminais por posse de drogas para uso pessoal não médico, seja na lei ou na prática, dando um exemplo a ser seguido por outros. O Sistema das Nações Unidas convocou conjuntamente a descriminalização como uma alternativa à condenação e punição em casos apropriados.

> "Punição e exclusão têm sido fundamentais para a guerra às drogas", disse Judy Chang, diretora-executiva da Rede Internacional de Pessoas que Usam Drogas. "Chegou a hora de privilegiar a dignidade humana, em vez do isolamento social, e defender os direitos humanos, colocando fim ao vergonhoso legado do encarceramento em massa." UNODC (2019)

Assim, internacionalmente, diversos países estão entendendo o quanto a política de drogas repressiva idealizada no século XX fracassou, buscando na atualidade uma nova abordagem, focada nos direitos humanos, visando coibir os excessos punitivos e colaborar com a amplitude do acesso do direito à saúde das pessoas, conforme complementa UNODC (2019).

> Além de se afastar de uma abordagem punitiva para as drogas, as diretrizes deixam claro que uma abordagem centrada nos direitos humanos é fundamental para melhorar o acesso ao direito à saúde das pessoas, para que vivam livres de tortura e em um padrão de vida adequado. De acordo com o seu direito às obrigações de saúde, os países devem garantir a disponibilidade e acessibilidade dos serviços de redução de danos, que devem ser propriamente financiados, adequados às necessidades dos grupos vulneráveis e respeitando a dignidade humana. UNODC (2019)

Entretanto, no Brasil, o desenvolvimento de uma política antiproibicionista e pautada na descriminalização encontra resistência de diversos setores da sociedade que alegam que uma política de descriminalização não colaboraria para a redução da população carcerária, como defendido por SOBRINHO (2017) "a descriminalização das drogas não se mostra eficaz para reduzir a população carcerária, tendo como fundamento que o usuário de drogas por força da Lei nº 11.343/06, não sofre pena de prisão".

Por conta disso, no último tópico serão analisados a dicotomia presente no contexto atual, entre aqueles que pretende amenizar o caráter punitivo da política de drogas e aqueles que pretendem aumentar ainda mais o rigor punitivo dessa política e como tais decisões podem influenciar na abordagem penal das drogas em âmbito nacional.

4.2 EMBATE JURISPRUDENCIAL E LEGAL: RE 635.659/SP E A PEC 45/2023

A partir dos fatos expostos na presente pesquisa, este tópico buscará analisar as propostas de mudanças na política de drogas que estão em debate atualmente, os quais possuem redações bem distintas, o Recurso Extraordinário (RE) nº 635.659/SP, ainda em votação no STF[81] possui entendimento pela descriminalização da conduta de uso próprio de maconha, enquanto a Proposta de Emenda à Constituição nº 34/2023 tem o intuito de criminalizar o usuário de forma constitucional, buscando aumentar ainda mais a repressão às drogas, regredindo quanto a questão descriminalizadora.

Em primeiro plano, quanto ao RE nº 635.659, trata-se de um movimento jurisprudencial que julga a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, que criminaliza o uso de drogas para uso pessoal. Já é de conhecimento, que tal dispositivo foi uma medida despenalizadora inserida na nova Lei de Drogas, porém a ausência de critérios objetivos para diferenciar usuários de traficantes, colabora para que muitas pessoas acabem sendo presas por tráfico de drogas (art. 33),

81 O ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal (STF), votou nesta quinta-feira (20) de junho de 2024, para manter a constitucionalidade da Lei de Drogas, definindo-a como uma infração de cunho administrativo a conduta dos usuários de portar drogas fora dos casos permitidos (ainda em discussão). Com o voto do ministro, o placar do julgamento continua sendo de cinco votos a favor e três contra a descriminalização até o fechamento do presente trabalho.

com quantidades e características que mais caracterizam uso para consumo pessoal.

Diante disso, o STF utilizando de sua função de controle de constitucionalidade revisa o artigo da Lei 11.343/06 e busca solucionar essa lacuna da Lei que colabora para que injustiças e desigualdades se perpetuem no âmbito judicial e estudos que reforçaram a adoção de critérios objetivos para tal diferenciação, conforme dados do IPEA (2023)

> O documento mostra que a cocaína é a droga mais encontrada, sendo referenciada em 70,2% dos processos na quantidade mediana de 24 gramas, porém, em 34,5% dos processos envolviam até 10,9 gramas da droga; em 36,3% foram apreendidas entre 11g e 100g, 17,9% entre 101g e 1kg e somente 6,8% dos processos envolviam apreensões de mais de um quilo da substância. Além disso, em 4,4% dos processos não foi possível localizar qualquer informação sobre a massa em gramas em nenhum dos cinco documentos analisados.
>
> Ainda de acordo com pesquisa, a segunda droga mais encontrada é a cannabis (67,1% dos processos), com uma mediana de 85 gramas, sendo que 58,7% dos processos envolviam menos de 150g da substância, 27,3% entre 151g e 2kg, 11,1% acima de 2kg e 3,2% sem informações sobre a quantidade. A pesquisa aponta também a existência de variações regionais significativas. A mediana de cannabis apreendida variou de 20 a 1.140 gramas, e a de cocaína entre 5 a 96 gramas, a depender da Unidade da Federação.
>
> O estudo conclui que, se adotados critérios de quantidade de cannabis entre 25g e 100g e de cocaína entre 10g e 15g para presunção de porte para uso, aproximadamente 30% a 50% dos processos de tráfico relacionados à cannabis e 30% a 40% daqueles relacionados à cocaína poderiam ser presumidos como porte para consumo pessoal. IPEA (2023)

Com isso, atualmente o Supremo vem fixando o entendimento para delimitar a inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para uso próprio e define a quantidade considerada como uso com base em parâmetros sugeridos pelo ministro Alexandre de Moraes para presumir como usuárias pessoas flagradas com 25g a 60g de maconha ou que possuam seis plantas fêmeas.

Desse modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal de fixar um padrão de diferenciação entre traficante e usuário é importante para que a subjetividade da lei não abra lacunas para que as autoridades possam realizar este juízo de diferenciação que colabora para que a seletividade penal permeie no ordenamento jurídico brasileiro prejudicando em sua grande maioria as populações mais vulneráveis. Nesse sentido, afirma CARVALHO (2019).

> A distância entre ser processado e condenado por um crime equiparado a hediondo, como é o caso do tráfico – e que pode resultar em mais de uma década na cadeia –, para quem porta drogas para uso pessoal, cuja liberação pode ocorrer no mesmo dia na delegacia mediante assinatura de um termo de ocorrência, não está clara na lei.
> (...) Não há um limite para que a quantidade de droga seja considerada compatível com o uso pessoal, ou, passando desse limite, seja interpretada como tráfico. A ausência desse patamar, associada a previsões subjetivas, como as "circunstâncias sociais", faz, na prática, com que cada delegado estabeleça um critério próprio para o que é tráfico de drogas. CARVALHO (2019)

Portanto, caso o STF decida pela adoção de um critério objetivo e a inconstitucionalidade do crime de porte de maconha para uso pessoal será um pequeno avanço na política de drogas no Brasil, mas que poderá beneficiar milhares de pessoas em situação de vulnerabilidade social que são afetadas pela seletividade penal costumeiramente.

Já em relação a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 45/2023, que busca inserir a criminalização às drogas na Constituição Federal, pode representar um retrocesso na política de drogas no Brasil, porém analisando a redação de tal proposta é perceptível que ela não traz grandes mudanças, como exposto a seguir:

> Art. 5º .....
> LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 2023)

É interessante observar que a Proposta de Emenda à Constituição apenas insere a previsão de criminalização do porte já existente na Lei 11.343/06 na Constituição Federal. Sabe-se que o principal intuito dessa PEC foi demonstrado uma reação da bancada conservadora do Congresso Nacional a tese de descriminalização que vem sendo discutida no Supremo Tribunal Federal, porém conforme PEREZ (2024) a proposta não traz clareza em seu texto e tampouco dificulta o trabalho do Supremo, como demonstrado:

> A PEC introduz uma norma no artigo 5º da Constituição, que fala o seguinte: 'A lei considera crime a posse e o porte independentemente da quantidade de entorpecentes.' Parece que matou o Supremo Tribunal Federal, mas quando você continua a leitura, aí você vê que não é bem assim.
> Conforme evidencia o professor Perez, o resto da PEC expõe a redundância do texto: "Aí continua: 'Sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, observada a distinção entre traficante e usuário por todas as circunstâncias fáticas do caso concreto, aplicáveis ao usuário penas alternativas à prisão e tratamento contra a dependência'. Essa segunda parte é exatamente o

> que já está na lei desde 2006, não muda nada". PEREZ (2024)

Desse modo, o real intuito dessa Proposta não é inovar, nem inibir que o STF possa decidir sobre o tema, o ativismo presente nessa proposição acaba sendo uma tática para que os parlamentares conservadores, que hoje são maioria no Congresso Nacional, possam demonstrar aos seus eleitores que estão reagindo as movimentações jurisprudenciais. Ocorre, que tal movimentação é arriscada, conforme exposto por PEREZ (2024).

> (...) a Emenda Constitucional altera o artigo 5º da Constituição, tido como um dos mais importantes e simbólicos da Magna Carta. O artigo define os direitos e as garantias fundamentais dos brasileiros e brasileiras e protege as pessoas contra ações arbitrárias do Estado. Mexer num trecho tão essencial para o ordenamento jurídico do País de maneira descuidada, utilizando do artigo que protege as garantias fundamentais para um movimento político de condenação de condutas individuais, pode trazer um precedente perigoso, além de confundir a jurisprudência.
> "Os senadores fazem um movimento de colocar dentro do artigo 5º uma norma penal atrapalhada, confusa, mal redigida. A Constituição não é Código Penal e a PEC não acrescenta em nada, mas bagunça o sistema jurídico. Cabe mexer no artigo 5º apenas para ampliar a liberdade, o direito à intimidade e à privacidade, e não para restringir". PEREZ (2024)

Com isso, o cenário atual de divergência no ordenamento jurídico brasileiro é prejudicial para a sociedade como um todo, em especial para aqueles em situação de vulnerabilidade que continuam sendo afetados pela inexistência de um critério objetivo de diferenciação entre o usuário e traficantes e assim, seguem como personagens de

uma política proibicionista e altamente repressiva, que mais encarcera do que realmente trata a questão de saúde pública das drogas.

Por isso, é essencial que as autoridades busquem a solução que possa beneficiar a toda coletividade e evitar que possíveis usuários sejam encarcerados como traficantes, é essencial para diminuir o número de presos pela Lei 11.343/06 e não colaborar com o isolamento social que definitivamente não trata o usuário, mas coloca um ser-humano a margem da atuação das organizações criminosas presentes nos presídios do país.

Além disso, é necessário ressaltar que o momento atual é de muita importância para o futuro da política de drogas no Brasil, pois pode representar um avanço e uma correção que evitará a violação de direitos fundamentais ocasionada pela alta repressão ou poderá inserir uma norma penal em um artigo constitucional que tem o papel de ampliar a liberdade e o rol de direitos fundamentais.

Por fim, diante do que foi exposto, pode se afirmar que enquanto a comunidade internacional, em sua grande maioria, avança na efetivação de políticas pautadas no antiproibicionismo e na descriminalização, focadas nos direitos humanos e no tratamento do usuário, o Brasil ainda se encontra à margem de um uma política ineficiente que gera danos tão graves aos usuários como o uso das substâncias, que recai, em grande parte, na parcela mais vulnerável da sociedade e segue colaborando para o aumento da população carcerária, do índice de criminalidade e no empoderamento das facções criminosas do país. Porém, ainda assim, é possível remodelar e buscar novos rumos para a questão das drogas no Brasil.

CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho, pode-se concluir que a pesquisa realizada serviu para extrair ativos de conhecimento a partir de doutrinas, jurisprudências, estatísticas e matérias jornalísticas sobre

as prisões com base na Lei 11.343/06 e a sua relação com a seletividade penal.

Ao abordar sobre o tema é possível destacar que a Lei de Drogas promulgada em 2006, teve o intuito de proporcionar um tratamento diferente ao usuário, retirando as penas privativas de liberdade, substituindo-as por penas alternativas. Entretanto, tal Lei manteve seu caráter proibicionista e punitivista ao manter a criminalização do consumo próprio e agravar as penas de outros crimes presentes em seu texto, como o tráfico de drogas (art.33) e a associação para o tráfico, respectivamente, com penas de 5 a 15 anos e 3 a 10 anos.

Junto a isso, a sua ausência em determinar um critério objetivo para diferenciar a conduta de consumo pessoal, para a conduta de tráfico de drogas, as quais possuem verbos do tipo com alta semelhança, colaborou para que as prisões com base na Lei 11.343/06 afetassem em sua maioria as parcelas menos favorecidas da sociedade, sendo estas, pessoas com baixo grau de escolaridade, jovens periféricos e pessoas pretas ou pardas, que conforme as estatísticas apresentadas compõem a grande maioria dos presos condenados com base nos crimes da Lei de Drogas. Desse modo, percebe-se que tal lei colaborou com o agravamento e a maior ocorrência da seletividade penal no Brasil.

Ademais, demonstrou-se também que a aplicação da Lei de Drogas, não trata o problema de forma eficaz, havendo maior ocorrência de apreensão de pequenas quantidades, em sua maioria, de posse de pequenos traficantes, ou usuários que acabam respondendo por tráfico por conta da ausência de um critério objetivo de diferenciação entre as condutas, aonde tal critério fica sob responsabilidade das autoridades responsáveis, que são, muitas vezes, afetadas pelos preconceitos e estereótipos presentes na sociedade. Com isso, muitas pessoas acabam sendo presas, mas a quantidade de droga apreendida com elas não afeta o mercado ilegal de drogas, não o desabastece ou diminui seu lucro, servindo apenas para agravar o problema do encarceramento em massa.

Além disso, é perceptível que a atuação das autoridades é diferenciada nas áreas onde residem pessoas com um poder aquisitivo

maior quando comparada a sua atuação nas regiões aonde residem as classes mais vulneráveis, havendo assim, um número maior de flagrantes nas regiões periféricas, aonde se destacam o alto número de flagrantes com ingresso ao domicílio sem mandado judicial, o que caracteriza violação ao princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar, em casos em que, em grande parte, os agentes participantes acabam não sendo responsabilizados por isso.

No que tange a aplicação da política de combate às drogas no Distrito Federal, observa-se a presença de dados semelhantes aos existentes em âmbito nacional, onde há um grande número de prisões e apreensões de pequenas quantidades de drogas por preso. Nesse sentido, foram presas mais de 20.000 pessoas nos últimos 5 anos e as condenações com base na Lei de Drogas representam, atualmente, 23% do total de presos nessa unidade da federação, o que demonstra, que mesmo com um aparato policial mais qualificado e um sistema de justiça privilegiado em relação aos estados, as estatísticas são semelhantes às nacionais, havendo também maior incidência de prisões nas regiões periféricas junto a frequência de apreensões de pequenas quantidades de drogas, que mais caracterizam consumo pessoal do que propriamente tráfico de drogas.

Diante disso, a pesquisa expõe que a Política de Drogas colabora com a incidência da seletividade penal no sistema penitenciário brasileiro, colaborando para uma abordagem de caráter proibicionista e de alta repressão, que contribui para o aumento da superlotação do sistema penitenciário, do isolamento social e abastece as facções criminosas presentes nas cadeias do país, não resolvendo a questão das drogas de maneira efetiva, mas apenas colaborando para que tal questão seja um combustível para um aumento da criminalidade e na desigualdade social já existentes no país.

Dessa maneira, vale ressaltar também que a política bifronte, de diferenciação entre usuário e traficante, trazida pela Lei 11.343/06 não é bem aplicada, pois a ausência de um caráter objetivo de diferenciação em seu texto e a manutenção criminalização do consumo pessoal, colabora para que muitos usuários acabem sendo

indiciados por tráfico de drogas e cheguem a cumprir penas elevadas de forma desnecessária. Portanto, a ausência do legislador nesse quesito, colabora para que os preconceitos sociais, sejam replicados pelos agentes, que conforme a Lei, são os responsáveis por tipificar as condutas, o que, infelizmente, acontece de forma falha, resultando na inserção indevida de milhares de pessoas nos estabelecimentos penitenciários do país.

Por isso, a pesquisa buscou demonstrar as possíveis soluções para a problemática, como as abordagens antiproibicionistas e descriminalizadoras, que procuram não punir o usuário, mas sim propiciar a conscientização e o tratamento, levando a questão das drogas não como uma questão penal, mas sim como questão de saúde pública, indo em contramão a ideia de abstenção vigente na atualidade, que já se mostrou ineficaz e extremamente danosa para a sociedade.

Para demonstrar a validade da teoria exposta, foi apresentada a política de descriminalização bem sucedida em Portugal, que foi o país pioneiro em uma abordagem que não pune, mas proporciona conscientização e tratamento ao usuário, sendo a política implementada no país responsável por diversos benefícios e melhorias nos índices no país, onde vale a pena citar alguns como a queda das contaminações por HIV, a diminuição do número de pessoas presas por crimes relacionados as drogas e ainda a diminuição do número de usuários de entorpecentes no país.

Junto a isso, já existem também recomendações da ONU, por meio das as diretrizes internacionais para políticas de drogas baseadas em direitos humanos, que demonstra o reconhecimento de falha na política proibicionista e repressiva de combate às drogas e assim, direciona os países a buscarem inovar em políticas que tratem a questão das drogas com questão de saúde, buscando a conscientização e o tratamento do usuário, quando necessário, trazendo uma abordagem focada nos direitos humanos para essa questão em âmbito mundial.

Em última análise, ressalta-se que os objetivos do presente artigo foram alcançados e permitiu demonstrar a relação entre a prisões com base na Lei de Drogas e a ocorrência da seletividade penal,

além de demonstrar também que uma política proibicionista e com alta repressão não trata o problema de forma efetiva, colaborando para um aumento da população carcerária e servindo para permear desigualdades em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Bárbarah Giulia Mendes de. **Da prisão preventiva nos crimes de tráfico de drogas: a contribuição para o encarceramento em massa brasileiro.** 2022. fl. 44 Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/4761. Acesso em: 09 jun. 2024.

BASILIO, Adriene Jayme. **A guerra contra as drogas e a superlotação carcerária no Brasil.** 2022. fls. 62. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/4527/1/A%20GUERRA%20CONTRA%20AS%20DROGAS%20E%20A%20SUPERLOTA%C3%87%C3%83O%20CARCER%C3%81RIA%20NO%20BRASIL.pdf. Acesso em: 05 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** 9. ed. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Composição do SISNAD.** Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/subcapas-senad/composicao-do-sisnad-1. Acesso em: 31 mai. 2024.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2023. Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal**

ou regulamentar. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9459638&ts=1717009746168&disposition=inline. Acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 598.051/SP.** Sexta Turma. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 2 mar. 2021. Data de publicação: 15 mar. 2021. Acesso em: 07 jun. 2024.

CARREIRA, Gustavo Wilkenson. **Drogas e Liberdade: Reflexo da Lei de Drogas no sistema carcerário.** 2017. Artigo (Pós-graduação em Direito Público e Privado) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/GustavoWilkesonCarreira.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.

CARVALHO, Marco Antonio et al**. Sem lei que cite quantidades, polícia dá destinos diversos a flagrados com droga.** Estadão. 2019. Disponível em: https://www.estadao.com.br/infograficos/cidades,-sem-lei-que-cite-quantidadespolicia-da-destinos-diversos-a-flagrados--com-droga,977293. Acesso em: 26 mai. 2024.

CARVALHO, Salo de. **A política criminosa de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006**, 8ª edição. São Paulo- SP: SRV Editora LTDA, 2016. E-book. ISBN 9788502638334. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638334/. Acesso em: 15 jun. 2024.

CARVALHO, Salo de. **Política de guerra às drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente.** Revista Jurídica, Florianópolis, v. 25, n. 1. p. 253-267. 2006. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/politica_de_guerra_as_drogas_na_america_latina_entre_o_direito_penal_do_inimigo_e_o_estado_de_excecao_permanente.pdf. Acesso em: 31 mar. 2024.

CATARINO, Luís de Almeida. **A Legalização da Droga em Portugal: Uma perspectiva da Administração Pública.** 2021. 100 f. Tese (mestrado em Direito e Prática Jurídica com especialização em Direito Administrativo e Administração Pública) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/47945/1/ulfd145931_tese.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Portaria Conjunta 101 de 30 de setembro de 2015.** Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2015/portaria-conjunta-101-de-30-09-2015. Acesso em: 25 abr. 2024.

DISTRITO FEDERAL. **Decreto nº 10.443, de 28 de julho de 2020. Dispõe sobre a organização básica da Polícia Militar do Distrito Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10443.htm. Acesso em: 25 abr. 2024.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 30.490, de 22 de junho de 2009. **Aprova o Regimento Interno da Polícia Civil do Distrito Federal e dá outras providências.** Disponível em: https://www.tc.df.gov.br/ice4/legislacao/dec_30490_09.htm. Acesso em: 25 abr. 2024.

INOUE, Giovanna. **Maioria das prisões no DF nos últimos cinco anos foi por crimes relacionados a drogas.** R7. 2024. Disponível em: https://noticias.r7.com/brasilia/maioria-das-prisoes-no-df-nos-ultimos-cinco-anos-foi-por-crimes-relacionados-a-drogas-24032024/. Acesso em: 31 mai. 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum.** Brasília, DF: Ipea, 2023. 107 p. DOI: http://dx.doi.org/10.38116/ri221151. Acesso em: 31 mai. 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Processos criminais por tráfico contêm registros imprecisos de quantidades de drogas apreendidas.** Ipea, 15 jun. 2023. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13743-processos-criminais-por-trafico-contem-registros-imprecisos-de-quantidades-de-drogas-apreendidas. Acesso em: 13 jun. 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **"O que está no mundo não está nos autos": a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas.** 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php. Acesso em: 23 mai. 2024.

LINDE, Pablo. **Como Portugal se tornou referência mundial na regulação das drogas.** El País Brasil, 02 maio 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/02/internacional/1556794358_113193.html. Acesso em: 15 jun. 2024.

MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais.** Rio de Janeiro - RJ: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645602. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645602/. Acesso em: 31 mai. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Promotoria de Justiça de Entorpecentes.** Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/promotorias-justica-menu/promotoria-de-justia-de-entorpecentes-menu. Acesso em: 31 mar. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Voto Alexandre de Moraes julgamento drogas STF** 2 ago 2023. Poder360, 2 ago. 2023. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2023/08/voto-alexandre-de-moraes-julgamento-drogas-stf-2-ago-2023.pdf. Acesso em: 10 mai. 2024.

NUCCI, Guilherme. **A droga da Lei de Drogas.** Guilherme Nucci, 04 nov. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas/. Acesso em: 26 mai. 2024.

PACHECO, Thaís Filgueiras Chapadense. **Ingresso domiciliar e tráfico de drogas no Distrito Federal: estudo empírico do fluxo investigatório de drogas em 2021**. 2021. Fls. 32. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/16221/1/21752569.pdf. Acesso em: 31 mai. 2024.

PEREZ, Marcos Augusto. **Proposta de Emenda Constitucional antidrogas pode alterar o cenário jurídico em vigor no País.** 16/04/2024. Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/proposta-de-emenda-constitucional-antidrogas-pode-alterar-o-cenario-juridico-em-vigor-no-pais/. Acesso em: 15 jun. 2024.

RAFAEL, Pedro. **Caso Rafael Braga escancara seletividade e racismo do Judiciário no Brasil.** Brasil de Fato, 4 ago. 2017. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2017/08/04/caso-rafael-braga-escancara-seletividade-e-racismo-do-judiciario-no-brasil. Acesso em: 05 jun. 2024.

ROLIM, Marcos. **A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra-terra: Universidade de Oxford, Centro de Estudos Brasileiros, 2006. p. 174. Acesso em: 23 mai. 2024.

SENAPPEN. **Relatório Preliminar de Informações Penais (RELIPEN)** – Dezembro de 2023. Brasília, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-relipen-do-segundo-semestre-de-2023/relipen-relatorio-preliminar-de-informacoes-penais-2o-semestre-2023.pdf. Acesso em: 31 mai. 2024.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **Descriminalizar porte de drogas reduzirá a população penitenciária.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2017-mar-05/renato-martins-descriminalizar-porte-drogas-reduzira-populacaopenitenciaria-sim. Acesso em: 15 jun. 2024.

SOUZA, Marcela Marins Nascimento. **A Seletividade do Sistema Penal: os reflexos da Lei de Drogas no sistema carcerário brasileiro.** Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca. Franca, v. 6, n. 1. p. 11-26. 2021. Disponível em: https://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1306/810. Acesso em: 11 abr. 2024.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso:** entes políticos. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 186 p.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República.** 2016. Tese (Doutorado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.11606/T.8.2016.tde-05102016-165617. Acesso em: 15 mar. 2024.

UNODC. **ONU lança diretrizes internacionais para políticas de drogas baseadas em direitos humanos.** UNODC, 21 mar. 2019. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/03/onu-lana-diretrizes-internacionais-para-polticas-de-drogas-baseadas--em-direitos-humanos.html. Acesso em: 15 jun. 2024.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O RECONHECIMENTO FACIAL: DESAFIOS E AMEAÇAS À PRIVACIDADE DE DADOS

Daniel Souza de Almeida[82]

Andrezza Gaglionone Passani[83]

RESUMO

Este trabalho explora a convergência entre Inteligência Artificial (IA) e Reconhecimento Facial, destacando desafios à privacidade de dados. Aborda conceitos como aprendizado de máquina e redes neurais. Examina a evolução da tecnologia de Reconhecimento Facial, suas aplicações e implicações éticas. Aprofunda-se em questões éticas, como viés algorítmico e carência de regulamentação. Adota uma perspectiva indutiva, enfocando implicações éticas e sociais. Utiliza revisão bibliográfica, análise de casos e avaliação de políticas de privacidade como método de pesquisa. Destaca a necessidade de regulamentação abrangente e conscientização pública. Conclui pela harmonização entre avanços tecnológicos e preservação da privacidade, propondo diretrizes éticas e legais.

Palavras-chave: reconhecimento facial. Inteligência artificial. Garantias fundamentais. Privacidade de dados.

82 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Unieuro, pós-graduando em Gestão de Projetos e Negócios Sociais pela Universidade Cesumar, estagiário de pós-graduação no Gabinete da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Correspondente Jurídico em escritórios de advocacia.

83 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unieuro, pós-graduada em Direito Público e Direito Civil e Processual Civil (Universidade Cândido Mendes); Servidora do TJDFT na função de Coordenadora da Central de Apoio aos Núcleos Virtuais de Mediação e Conciliação - CANUMEC; Conciliadora Judicial desde 2005; Mediadora certificada pelo ICFML - Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Instrutora de Mediação certificada pelo CNJ.Instrutora de Mediação Judicial e Conciliação pelo TJDFT; Instrutora e conteudista do curso "Resolução de Conflitos para Representantes de Empresas", promovido TJDFT; Coautora do livro "Resolução de Conflitos para Representantes de Empresas", editado pela UNB. Docente do Curso de Direito nas disciplinas de Direito do Consumidor, MASC e Direito Civil no Centro Universitário Unieuro.

1 INTRODUÇÃO

O avanço das Inteligências Artificiais (IAs) e do reconhecimento facial tem levantado diversas preocupações quanto à privacidade de dados. A abordagem indutiva adotada visa a compreensão dessas problemáticas, baseando-se em pesquisas bibliográficas e entrevistas, destacando desafios e ameaças à privacidade. Dividido em três capítulos, o trabalho explora o impacto da inteligência artificial, desde conceitos, no primeiro capítulo, até recomendações de regulamentação, especialmente após vazamentos de dados.

O segundo capítulo foca na inteligência artificial, expondo seu funcionamento e casos de erros graves, questionando sua eficácia e ética. O último capítulo destaca a questão da identificação por reconhecimento facial, apontando a sua falta de credibilidade, riscos éticos e potencial discriminação, afetando direitos fundamentais e proteção de dados. Essa discussão é crucial no contexto jurídico, exigindo novas leis que conciliam avanços tecnológicos com a preservação da privacidade de dados, estabelecendo diretrizes éticas e legais para proteção dos dados pessoais.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

No mundo contemporâneo muito se fala sobre Inteligência Artificial, de forma genérica, sem o conhecimento de distinguir as diversas espécies que atualmente existem e estão cada vez mais sendo introduzidas no nosso cotidiano de forma sorrateira e silenciosa, com o *slogan* de que é a necessidade do avanço tecnológico.

2.1 CONCEITOS NORTEADORES

Diversos autores conceituam o que é Inteligência Artificial, de forma diferente, mas que no fim alcançam o mesmo resultado, os computadores, por meio de softwares, agindo de forma inteligente,

para elaborar ações que seriam exclusivamente desenvolvidas pelos seres humanos (MACHADO, 2019, p. 13).

Da maneira similar, Isaia Lima Lopes, Flávia Aparecida Oliveira Santos e Carlos Alberto Murari Pinheiro (2014, p. 1), conceituam "O termo Inteligência Artificial (IA) constitui vários procedimentos computacionais cujas funções realizadas, caso um ser humano as executasse, seriam consideradas inteligentes. O conceito é amplo e recebe tantas definições quanto os significados diferentes da palavra inteligência"

Em outro cenário, há muitos que as conceituam em comparação ao nosso poder de pensar, nossa inteligência e a busca incessante em descobrir como realmente pensamos, realizamos de forma cognitiva a compreensão, previsão, percepção e a manipulação de algo muito maior do que um mero cérebro. No mundo tecnológico, em específico na seara das Inteligências Artificiais, a forma considerada inteligente, vai muito mais além do que a compreensão do *Homo Sapiens*, ela busca a construção de entidades ou matérias inteligentes (SIMILLE, 2021, p. 2).

A estrutura laboral que definirá suas capacidades e competências, também possui a nomenclatura atual de algoritmos, que podem ser definidos em critérios de *input* e *output*, sendo que se conceitua *input*: procedimentos, de caráter qualquer, que possuem em suas características ser bem definido e agregação de valor referente à sua qualidade de entrada, e *output*: na mesma linha do anterior, alterando a qualidade valorada em entrada para saída, com o intuito de ser considerada, de forma específica, resolvente de problemas (CORMEN, 2022, p. 3).

Essa perspectiva representa uma das três categorias que atualmente classificam de forma abrangente as diferentes formas de Inteligência Artificial. Essas categorias variam desde uma abordagem mais limitada e centralizada até uma visão mais ampla, que eventualmente levará à superinteligência, sendo elas as seguintes:

Uma das categorias que se podem classificar as Inteligências Artificiais é a corrente fraca, que defende que a prática de produzir

inteligência jamais poderia ser recriada, tão somente ocorrerá a sua imitação de forma inteligente e emocional, pois a inteligência é oriunda da consciência e auto percepção, sendo intrinsecamente vinculada aos seres humanos, deste modo, a Inteligência Artificial poderá ser considerada resolúvel de problemas, por meio de séries de cálculos, no qual imitará as emoções humanas de forma inteligente (MACHADO, 2019, p. 17).

Outra corrente existente é a forte, que pelo próprio nome entende-se que será o oposto da classificada logo acima, nesta linha de pensamento acredita-se que poderão ser criadas máquinas que irão possuir habilidades restritas aos seres humanos, como pensar, raciocinar, criar e demonstrar de forma categórica comportamentos inteligentes, que serão possíveis por meio de algoritmos - que já foram classificados - que possuem, na sua essência, cognição e sejam executados por máquinas, ou no conceito popular, computadores (MACHADO, 2019, p. 17).

Essas duas correntes acima mencionadas vivem no mundo hipotético, são conceitos filosóficos que buscam alcançar e determinar os limites do alcance das Inteligências Artificiais de forma reflexiva (MACHADO, 2019, p. 17).

Por sua vez, existe a corrente mais problemática e polemizada, a da superinteligência, que pode ser conceituada como algo intelectualmente maior que um ser humano, com toda a capacidade intelectual possível, em todas as áreas já existentes, conceito este dado pelo filósofo Nick Brostom, nesta linha de raciocínio existem dois extremos de alcance da Inteligência Artificial, que vai desde um mero computador - leia-se: como qualquer máquina que possua algoritmo - que possa possuir expertise um pouco superior ao de um ser humano comum até aquela supermáquina, que seja amplamente superior ao que se pode alcançar, em todas as áreas, pelo ser humano (MACHADO, 2019, p. 17).

2.2 AVANÇO HISTÓRICO

Quando falamos de Inteligência Artificial, aparenta ser algo tão novo e obscuro que no senso de espaço/tempo parece que o seu surgimento aconteceu ainda nesta década, fato este que possui alguns motivos.

No Brasil, por exemplo, até 2019, cerca de 21,7% da população, equivalente a aproximadamente 39,8 milhões de pessoas, não possuía acesso à internet, conforme dados da Folha Vitória e do Ministério das Comunicações. Diante disso, a desigualdade digital é um desafio, especialmente em regiões remotas, onde o acesso à internet é limitado e sujeito a erros e fraudes.

Porém, no ano seguinte (2020) entramos no novo cenário mundial, a pandemia pelo COVID-19, onde tivemos o desafio de aprender a fazer compras pela internet e forçando muitas pessoas a aprender a utilizá-la, pelo menos para o essencial: alimentação, saúde e informação. E assim surge, com amplitude de divulgação pela mídia, relatos e pesquisas sobre Inteligência Artificial.

Todavia, mesmo sendo relativamente recente no mundo científico, as denominadas IAs, surgiram após a Segunda Guerra Mundial, o seu próprio nome foi, pioneiramente, conceituado em 1956 (SIMILLE, 2021, p. 2) pelo Projeto de Pesquisas de Verão em Inteligência Artificial de *Dartmouth* em *New Hampshire* nos Estados Unidos (MACHADO, 2019, p. 13-14).

Atualmente, uma Inteligência Artificial vai muito além de apenas armazenar e manipular dados que são inseridos nela, podendo ir muito além, alcançando até a possibilidade de representar, fazer aquisição e manipular diversos conhecimentos, esses dados cognitivos podem ser interpretados e inseridos de forma originária, a partir de um entendimento pré-existente (MACHADO, 2019, p. 13-14).

De forma análoga, para melhor compreensão, essa possibilidade equivaleria a capacidade do ser humano em ouvir uma história e repassá-la com o mesmo sentido inicial, porém de uma forma diferente, podendo ao final de diversas reproduções, a sua essência

(objeto) inicial não mais existir, sendo denominada, popularmente, como "fofoca".

No contexto mencionado, há uma distinção entre fatos e regras, que constituem o conhecimento declarativo, e as decisões, que representam o conhecimento procedimental. Ao desenvolver uma máquina com Inteligência Artificial, seu funcionamento se baseia em conjuntos de algoritmos que codificam regras e fatos para determinar as soluções dos problemas, caracterizando o processo como engenharia do conhecimento. (MACHADO, 2019, p. 14).

2.3 MÉTODO DE *TURING*

Após mencionar o pensamento de alguns autores sobre a possibilidade, ou não, de uma máquina poder pensar, e qual seria o nível de pensamento, porventura, somente por meio de algoritmos seria possível dar consciência, equiparada ao do ser humano. Seria completamente errôneo não relatar sobre um dos testes mais simples e completos existentes até a atualidade, mesmo que alguns cientistas não o usem mais, pois entendem que os princípios norteadores das Inteligências Artificiais, são significativamente mais importantes do que uma mera reprodução (SIMILLE, 2021, p. 3).

Alan Turing, em seu artigo "*Computing Machinery and Intelligence*", publicado em 1950 na Revista Filosófica *Mind*, trouxe a primeira vez o que hoje é denominado teste de *Turing*, que possui como cunho principal poder determinar se a máquina - computador - pode ou não ter pensamentos cognitivos ao ponto de confundir quem é a Inteligência Artificial e quem é o ser humano (LIMA, 2014, p. 1).

O teste consistia em um ser humano, denominado de julgador, que deveria realizar perguntas por meio de um *chat*, com a utilização de um teclado, para dois receptores: uma pessoa e uma máquina projetada, especialmente, para confundir o julgador. Ao receber as respostas dos dois receptores, o ser humano - julgador - deveria ter a

capacidade de distinguir qual era a resposta do humano e qual era a resposta da máquina (MACHADO, 2019, p. 24).

Para tornar todo o teste mais complexo, existe a possibilidade de ser executado de *forma total*, onde o cenário em que o julgador tinha o contato indireto, passa a ser mais extremo, com o contato direto - em partes - neste caso, existe um receptor - não se confunda com o receptor pessoa ou máquina - de vídeo e a possibilidade do julgador passar objetos físicos e palpáveis por uma fresta na parede que bloqueia o contato entre eles. Neste contexto, a máquina além dos requisitos acima mencionados, deverá ser equipada com sistemas de visão computadorizada, para que consiga perceber que existe um objeto a sua frente, e robótica, para que consiga além de visualizar o objeto, poder pegar e manuseá-los (SIMILLE, 2021, p. 3).

Por fim, é importante ressaltar que o intuito principal do teste não era qualificar se a resposta da máquina era correta ou não, o intuito era verificar se a resposta correspondia a de um ser humano médio (comum), por isso, que na sua fase comum, não possui interação direta dos agentes (MACHADO, 2019, p. 25).

2.4 REGULAMENTAÇÃO NO EXTERIOR

No mundo contemporâneo, para uma boa convivência social é necessário que haja regras e limites para criação e utilização de algo, as Inteligências Artificiais não seriam diferentes, ainda mais com a sua possibilidade de alcance tão abrangente, que beira ao inacreditável, e com suas diversas variedades.

Pensando nisso, o legislativo de boa parte dos países começou a movimentar a máquina pública para buscar atingir o controle de algo que parece incontrolável, a União Europeia, de forma pioneira, iniciou a busca pela regulamentação, para garantir uma melhor utilização da recente tecnologia (EUROPEU,2023).

Para conseguir regulamentar algo tão imaterial, no primeiro semestre de 2021, a União Europeia propôs que para uma Inteligência

Artificial ser utilizada nos diversos setores, aos quais são possíveis, será necessário classificar os seus níveis de risco ao seu usuário, a depender do nível ao qual se encontrará, haverá mais burocratização da regulamentação (EUROPEU,2023).

Os níveis classificados foram risco inaceitável, risco elevado, Inteligência Artificial generativa e o risco limitado. Segundo o Parlamento, são três atividades que se enquadram no risco inaceitável, como a alteração manipulável do fator cognitivo-comportamental de grupo de pessoas classificadas como vulneráveis - crianças, por exemplo - Inteligência Artificial que faça um *rank* social, com fundamento em classe socioeconômica, característica interpessoal - gênero, raça ou vestimenta - e, por fim, a grande crítica problemática deste trabalho, a identificação, em tempo real, de pessoas por videovigilância em massa, como o reconhecimento facial (EUROPEU,2023).

Tratando do risco elevado, o Parlamento Europeu diferenciou em dois quadros, grupos de sistemáticos de Inteligência Artificial que já estão inseridos em produtos resguardados pela legislação do Bloco, em critérios de segurança e grupos que estão dentre o rol das oito atividades que deverão, necessariamente, serem catalogados e avaliados antes de serem projetados ao mercado, segundo o artigo Europeu (2023), são as atividades:

> Identificação biométrica e categorização de pessoas singulares; Gestão e funcionamento de infraestruturas essenciais; Educação e formação profissional; Emprego, gestão dos trabalhadores e acesso ao trabalho por conta própria; Acesso e usufruto de serviços privados essenciais e de serviços e benefícios públicos; Aplicação da lei; Gestão da migração, do asilo e do controlo das fronteiras; e Assistência na interpretação jurídica e na aplicação da lei

Em continuação, existe o tópico do *risco limitado*, nesta fase, segundo o regulamento a ser aprovado, os sistemas de artificias deverão

relatar ao seu usuário que ele está, naquele momento, interagindo com uma Inteligência Artificial e não com um ser humano, dando a possibilidade de decisão ao seu consumidor de continuar ou não com a interação (EUROPEU, 2023).

No tocante às *Inteligências artificiais generativas,* deverão, obrigatoriamente, realizar transparência dos seus resultados e produção com a divulgação dos conteúdos por ela gerados, criação de modelos pré-existentes, para evitar criações de produtos fora dos padrões legais, citar, quando necessário, sua fonte, para proteção de direitos autorais (EUROPEU, 2023).

Com esse mesmo pensamento e receio, diversos especialistas em Inteligência Artificial, como Elon Musk (Cofundador da *OpenAI*), Steve Wozniak (Cofundador da *Apple*), Evan Sharp (Cofundador do *Pinteres*t), Jaan Tallinn (Cofundador do *Skype*), e outros 1.296 cientistas (BARBOSA, 2023) realizaram assinaturas em uma *carta aberta de apelo,* com o pedido de uma pausa, de ao menos seis meses, em todas as pesquisas e produções de Inteligências Artificiais, com o fundamento de haver imensos riscos a humanidade. Esta pausa possui como cunho norteador, a necessidade de buscar uma definição de modelos de governança, com a criação de meios para supervisão dos sistemas e suas capacidades, para que possa diferenciar o que foi ou não gerado pela Inteligência e a criação de órgãos que entre suas competências esteja a de regular, e também que exista a punição, em responsabilidade, pelos danos causados pelas Inteligências Artificiais. (PRESSE, 2023)

2.5 REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

Após relatar sobre a regulamentação em alguns países, é mais do que necessário relatar como anda o progresso de regulamentação aqui no Brasil, que assim como os demais, possui o conhecimento da necessidade de regulamentação. Torna-se evidente essa afirmação com

a propositura de alguns projetos de regulamentação em andamento no Congresso Nacional.

No Senado Federal, tramita o Projeto de Lei 2.338/2023, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco, também atual Presidente do Senado, que dispõe sobre Inteligência Artificial, no teor do texto da proposição estão presentes os fundamentos, princípios, direitos, garantias, vedações e limitação para utilização, bem como traz definições de conceitos como inteligência artificial, fornecedor dos sistemas, autoridade competente, discriminação direta e indireta, agentes e operadores (SENADO FEDERAL, 2023).

Dentre o rol de direitos apresentados pelo Senador Presidente, estão os direitos à privacidade, a ampla defesa e contraditório das decisões, da informação quando estiver interagindo com Inteligência Artificial, explicação da decisão e a necessidade da ação humana nas tomadas de decisões (SENADO FEDERAL, 2023). .

O texto também traz consigo a determinação de averiguação prévia antes da entrada no comércio ou utilização, que será avaliado o seu grau de risco para a sociedade, com determinados níveis de risco elevado, excessivo e alto risco (SENADO FEDERAL, 2023).

Desta forma, notamos que em breve teremos no cenário mundial, regulamentações que irão direcionar a criação e utilização de Inteligências Artificiais.

3 RECONHECIMENTO FACIAL

Primordialmente, após termos conceituado de forma ampla a Inteligência Artificial em si, é necessário afunilar um pouco mais a amplitude do que será tratado neste trabalho. São diversas as espécies de Inteligência Artificial pré-existentes, algumas tratadas no tópico 2.4, inclusive a de Reconhecimento Facial, que por diversos países é considerada altamente arriscada ou prejudicial ao tratamento de dados pessoais dos cidadãos.

3.1 CONCEITOS BÁSICOS

Para melhor entendermos o que é - então - o Reconhecimento Facial, e o porquê ser repudiado por algumas nações, é necessário entendermos os conceitos.

O reconhecimento facial é uma forma do conjunto de reconhecimentos biométricos, o mais comum de ser conhecido é da impressão digital, porém, não é o único existente. Atualmente, possuímos diversas formas de categorização de segurança biométrica como a voz, retina ocular, íris e o reconhecimento facial (KASPERSKY, 2023).

No Brasil, possuímos normatizações sobre dados biométricos, todavia, iniciaremos trazendo conceitos legais de outros países, deste modo, como tratado amplamente no tópico de regulamentação do exterior, a União Europeia foi uma das pioneiras a iniciar a regulamentação de Inteligência Artificial, com a criação da *General Data Protection Regulation*, ou de forma traduzida, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 11)

No Território Nacional, temos a conceituação de atributos biométricos - que diferencia de dados biográficos - na sua essência, torna-se equivalente a dados biométricos, estando presente no Decreto n° 10.046, de 9 de outubro de 2019, com a seguinte redação:

> Art. 2º Para fins deste Decreto, considera-se:
> (...)
> II - atributos biométricos - características biológicas e comportamentais mensuráveis da pessoa natural que podem ser coletadas para reconhecimento automatizado, tais como a palma da mão, as digitais dos dedos, a retina ou a íris dos olhos, o formato da face, a voz e a maneira de andar

Desse conceito de atributos biométricos, podemos extrair mais duas formas de dados biométricos que não estão previstos na RGPD,

como a maneira de andar e a palma da mão, todavia, o que nos importa é a categorização do formato da face.

A lei equivalente ao RGPD, no Brasil, é a Lei Geral de Proteção de Dados - Lei 13.709/2018 - no qual assegura que os atributos biométricos - dados biométricos - são muito mais que dados pessoais, que são dados ligados em relação a pessoa natural do ser, podendo ou não ser identificados, nos termos do art. 5° da referida lei, são dados sensíveis, pois, são dados biométricos vinculados a uma pessoa natural, assim como origem racial ou étnica, opinião política, dado genético entre outros.

Retornando a LGPD, para que possamos mencionar sobre o processamento dos dados coletados biometricamente, esse processamento é congruente ao tratamento, previsto no artigo 5° da referida lei, *in verbis*:

> Art. 5º Para os fins desta Lei considera-se:
> (...)
> X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

Deste modo, é notório que a sua conceituação demonstra que a distinção pode ser variável, desde a coleta, produção e extração até a eliminação e avaliação, que não serão - os dados - necessariamente processadas de forma imediata e por diversas vezes serem coletadas de forma obscura (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 15).

3.2 PROCESSAMENTO DOS DADOS COLETADOS

Demonstradas as formas de dados biométricos existentes, é necessário entendermos como são processados esses dados, esse processamento corresponde ao tratamento biométrico previsto no artigo 5° da LGPD, já mencionado neste trabalho.

Esse processo deve seguir algumas etapas (WP29, 2012, p.5) que serão detalhadamente explicadas neste tópico para uma melhor compreensão do capítulo subsequente.

O primeiro passo para o processamento de dados é a sua captação, o sistema capta dados biométricos de uma origem captativa - leitor - biométrica e devem ter a capacidade de associar os dados a um indivíduo. No tocante a sua qualidade ou quantidade, não existe previsão necessária para determinar, porém sua base deverá ser de acordo com a necessidade para o alcance da sua finalidade (WP29, 2012, p.5).

Nesta etapa, tende-se ser a primeira interação do ser humano para com a máquina, para a participação ativa - consciente ou não - para realizar a inscrição - como a coleta de foto para abrir conta em bancos, registrar folha de ponto, ou qualquer meio de coleta digital - por ser o primeiro momento, será ideal constar informações sobre a interação com a inteligência artificial, com a devida notificação da coleta e o tratamento dos dados ali coletados (WP29, 2012, p.5).

Mencionado que a participação ativa pode ser ou não consciente, pois a coleta pode ser feita de forma automática sem a necessidade - ainda que ilegal - de autorização por parte da pessoa, como por exemplo, câmeras de vídeos em estabelecimentos, ambientes, locais públicos, ou aparelhos maliciosos ou fotos publicadas em redes sociais como *Facebook*, *Instagram*, *Whatsapp*, ambos do grupo Meta, que possam possuir inteligência de reconhecimento facial (WP29, 2012, p.5).

O próximo passo, após a captação, é o armazenamento dos dados coletados que podem ser bem variáveis, dependendo do objetivo final ou a forma de coleta, mas o que possuem comum entre si é que deverão

estar presente em algum local - físico ou virtual - como um leitor de digitais, quando tratar-se de biometria digital ou algum dispositivo que a pessoa carrega consigo, podendo ser um *chip,* HD e/ou SSD e entre outros, podendo também, serem direcionados a uma base de dados virtual ou física, onde sistemas com inteligência artificial poderão ter acesso (WP29, 2012, p.5).

Com o intuito de exemplificar o risco desse caso, trazemos um fato ocorrido recentemente com uma grande empresa de comunicação e rede social, o *Facebook* do grupo *Meta*, empresa controladora do *Whatsapp, Instagram, Messenger* e o próprio *Facebook* , que substituiu a antiga controladora *Facebook Inc* (CANALTECH, 2021, p. 2), possui em meios aos seus programas e algoritmos a implementação de uma inteligência artificial de reconhecimento facial, que automatiza a marcação de pessoas em fotos publicadas na plataforma (GLOBO, 2023), como seria isso?

Com essa implementação, qualquer usuário que possua fotos publicadas na rede social, terá sua face calculada em algoritmos, quando outro usuário postar uma foto que tenha seu rosto na imagem, ela automaticamente marcará o seu endereço de perfil - o famoso @ - na postagem e notificará o usuário marcado para que possua conhecimento da marcação e caso não concorde, possa denunciar e retirar do ar a postagem feita indevidamente (GLOBO, 2023).

Quem lê essa explicação até pode pensar, qual o problema disso? A empresa só está tentando viabilizar maior automação da sua rede social e gerar uma segurança para os seus usuários, pois permite saber se sua imagem está sendo usada indevidamente. Esse *slogan* até parece atrativo e seguro na teoria, porém na prática, pode ser tenebroso.

Nesta linha, é necessário aprofundarmos um pouco mais nesses casos da empresa em comento, iremos citar um interrogatório feito ao CEO do grupo *META*, Mark Zuckerberg, no Senado Norte-Americano, sobre o tema: *Transparency and Use of Consumer Data* (GUERRA, 2018).

Durante os interrogatórios, o CEO do Facebook, Mark Zuckerberg, enfrentou questionamentos sobre a polêmica prática de coletar dados de usuários mesmo após o *logout*, defendendo-a como

medida de segurança, embora tenha sido confrontado sobre a falta de consentimento dos chamados "perfis-sombra". Os senadores também pressionaram sobre a quantidade e natureza dos dados coletados, com Zuckerberg oferecendo respostas genéricas e evasivas, especialmente quando questionado sobre o acesso dos anunciantes a informações não consentidas. Embora tenha negado práticas de vigilância em massa, Zuckerberg demonstrou desconhecimento sobre possíveis acordos comerciais para proteger os dados dos usuários, evidenciando lacunas na compreensão e transparência da empresa(GUERRA, 2018).

Em um panorama mais amplo, os interrogatórios revelaram a complexidade das práticas de coleta de dados do Facebook, gerando preocupações sobre privacidade e consentimento. Apesar das tentativas de justificar as operações de coleta como medidas de segurança, a empresa enfrentou críticas pela falta de transparência e controle dos usuários sobre seus próprios dados. A evasão de respostas precisas, especialmente sobre o acesso dos anunciantes a informações não consentidas, levantou questões sobre a responsabilidade e compromisso do Facebook com a proteção da privacidade dos usuários, enquanto Zuckerberg demonstrou desconhecimento sobre possíveis estratégias comerciais para garantir uma segurança jurídica mais sólida em relação aos dados pessoais (GUERRA, 2018).

O fato que gerou esse interrogatório foi a nota oficial do *Facebook*, no qual afirmou que fotos de seis milhões de usuários, que não tinham sido publicadas, foram alcançadas por outros aplicativos, em virtude de uma falha ocorrida, internamente, na plataforma. As fotos que foram expostas são de pessoas que realizaram a publicação, em rascunho, ou que publicaram somente nos *stories* (TECMUNDO, 2018).

Compreendida essa explicação com o exemplo dado, relatamos a última etapa do tratamento de dados pelas inteligências artificiais, que é a equiparação dos dados coletados, nesta etapa, exige a comparação dos dados já coletados e arquivados nos termos da segunda etapa, com uma nova captação que pode ser a critério, por exemplo, de *login*, com efeito para fins de identificar, categorizar, verificar ou autenticar. Salientando que a fonte desses dados, não podem, por si só, serem

classificadas como dados biométricos, mas podem ter a utilidade de coleta dos dados (WP29, 2012, p.5).

3.3 APLICABILIDADE DO FACIAL RECOGNITION TECHNOLOGY (FRT)

Demonstrada a fase de processamentos de dados, com conceitos e exemplos, trataremos de formas da sua aplicabilidade, que podem variar em três hipóteses, como identificação de pessoas, podendo elas serem conhecidas - por exemplo, o caso de reconhecimento facial do *face id* para o desbloqueio de um aparelho telefônico - ou no caso de reconhecimento de várias pessoas, ao mesmo tempo, com super câmeras - por exemplo, uma câmera em um local público, que busca criminosos foragidos entre os transeuntes do local - ou reconhecimento de um pessoa desconhecida - como exemplo, uma câmera de segurança em uma loja, que identifica os clientes que entram e saem do estabelecimento (KASPERSKY, 2023).

Dentre esses três casos, a critério de preocupação, tende-se a prever que somente na identificação de pessoa conhecida que teríamos a autorização do agente que está sendo coletado os dados, pois provavelmente, o mesmo forneceu dados faciais para um equipamento que possua inteligência artificial, para uma possível autenticação posteriormente, que é outra forma de aplicabilidade de reconhecimento facial, para casos de verificação da própria pessoa, outro exemplo que pode ser dado para casos de autenticação/verificação é o reconhecimento facial para cômputo de "ponto", sendo este a confirmação de presença de um funcionário, no seu local de trabalho, naquela exata hora e o horário do seu almoço e saída, utilidade está recentemente implantada no Centro Universitário Unieuro.

Por fim, a última utilidade seria uma categorização de pessoas, para um possível cunho comercial, exemplificativo seria para utilidade

em *marketing* voltado a um grupo específico de pessoas, por gênero, raça, etnia, entre outros (KASPERSKY, 2023).

Agora como seria a funcionalidade dessa inteligência artificial? Como preceitua KASPERSKY (2023), a sua utilização pode ter variáveis, porém em regra geral, possui 4 etapas para sua efetivação concreta, sendo elas:

Detecção da face, a câmera irá identificar, após uma localização, face de uma pessoa ou mais, estando ela separada ou em meio a um grande grupo de pessoas - e.g manifestação - a captação da imagem pode ser tanto de perfil - de lado - ou de frente.

Na segunda etapa, deve ser feita a análise da imagem, como relata KASPERSKY (2023), *in verbis*:

> Depois, uma imagem do rosto é capturada e analisada. A maioria das tecnologias de reconhecimento facial conta com imagens 2D em vez de 3D, porque é mais conveniente fazer a correspondência de imagens 2D com fotos públicas ou de um banco de dados. O software faz a leitura da geometria do seu rosto. Os principais fatores são a distância entre seus olhos, a profundidade de suas órbitas oculares, a distância entre a testa e o queixo, o formato da maçã do rosto e o contorno dos lábios, das orelhas e do queixo. O objetivo é identificar os pontos de referência faciais principais que distinguem seu rosto

Nesta etapa, a forma de identificação até parece um pouco humana, pois, o ser humano identifica os demais, do seu interesse, por características faciais, como uma boca mais carnuda, uma sobrancelha mais volumosa, uma marca na face, o tamanho e cor dos olhos, o tamanho do nariz e ou da orelha, se a pessoa utiliza ou não *piercing* ou se possui alguma tatuagem na face.

Na terceira etapa, será feita a conversão da imagem - captada e verificada - em dados matemáticos, conforme afirma KASPERSKY (2023):

> O processo de captura facial transforma as informações analógicas (um rosto) em um conjunto de informações digitais (dados) com base nas características faciais da pessoa. A análise do seu rosto é basicamente transformada em uma fórmula matemática. O código numérico é chamado de impressão facial. Da mesma forma que as impressões digitais são únicas, cada pessoa possui sua própria impressão facial.

Dada essa explicação, concretamos a quarta e última etapa, que será a localização da correspondência, ou seja, a comparação dos pares, que seria o cálculo das semelhanças entre o conjunto de dados coletados - tamanho do olho, cor etc. - de outra imagem previamente coletada e que esteja cadastrada no sistema, após essa verificação o algoritmo retornará o valor numérico que se tende ser em proporção, do que se é similar.

3.4 UTILIZAÇÃO DO FACIAL RECOGNITION TECHNOLOGY

Quando ouvimos falar sobre reconhecimento facial, tendemos a lembrar de desbloqueio de telefone celular, pois é o mais comum de utilizarmos - com ciência de fato - no nosso dia-a-dia, porém a utilização atualmente está mais presente no nosso cotidiano do que imaginamos.

Segundo KASPERSKY (2023), as utilizações são bem variáveis, como para o controle de aeroportos e fronteiras, essa utilização tem o objetivo - em caráter de mídia - de uma maior celeridade, com o passaporte biométrico, tendo em vista que as pessoas evitariam filas para verificação humana, sendo feita tudo de forma virtual.

No Brasil não é diferente. A Receita Federal relata que 14 aeroportos internacionais do Brasil já possuem a tecnologia de reconhecimento facial implementada, sua utilidade é com base em investigação em um banco de dados de rostos já conhecidos - que são

considerados alvos - que precisam ser passados por vistoria - fato é, não encontra explicação de onde foram tiradas essas imagens, ou se houve autorização para tal - as imagens são captadas por duas câmeras com ótima resolução instaladas na área de aduana dos aeroportos (RECEITA FEDERAL, 2022).

Neste caso, notamos que já existe um banco de dados de suspeitos, não tivemos conhecimento, com a publicação, de onde são oriundas essas imagens que compõem esse banco de dados e toda essa verificação é realizada pela Inteligência Artificial, sem a correta verificação humana, somente sinaliza um alerta vermelho que direciona os oficiais para abordagem das pessoas.

Podem ser usadas, também, para substituir os documentos de identificação - substituindo a RG, CPF, entre outros - ou para detectar intrusos em locais públicos ou privados (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 22).

No controle de emissão de vistos, são utilizadas para correlacionar a imagem da pessoa presente no momento com a do passaporte digitalizado, imagens que poderão ser utilizadas para verificação dentro do aeroporto ou fronteiras (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 22). Essa utilização também é usual em controle de passageiros que utilizam o sistema rodoviário, de forma gratuita, tendo em vista a sua condição ou para corroboração aos policiais para identificação de pessoas desaparecidas ou foragidas dentro do sistema viário, essa foi a justificativa dada pelo Governador de São Paulo, Rodrigo Garcia, para implementação do sistema no metrô, conforme notícia no G1/SP (2022).

A menção sobre a discriminação que pode ocorrer, será tratada em tópico posterior, mas adiantamos que as formas algorítmicas, do reconhecimento facial podem sim ocasionar uma discriminação por raça, vestimenta, formas de andar, entre outros.

Nesta mesma linha de pensamento, ocorre a utilização dessas ferramentas para simular o envelhecimento ou rejuvenescimento, identificando crianças desaparecidas a muitos anos (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 23).

Em situação parecida foi a realização de investigação ao caso da invasão do Capitólio, nos Estados Unidos, onde por relato da *Federal Bureau of Investigation* (FBI), utilizaram reconhecimento facial para além de identificar as pessoas que foram capturadas pelas imagens, descobrir quais eram seus nomes, no caso relatado por LOPES (2021):

> Os agentes federais americanos rastrearam um indivíduo chamado Stephen Chase Randolph usando imagens do dia dos tumultos disponíveis na internet. Depois, eles incluíram tais fotos em "uma ferramenta de reconhecimento facial de código aberto, conhecida por fornecer resultados confiáveis", e isso os levou até um perfil no Instagram, aparentemente, pertencente à namorada de Randolph e que continha "inúmeras imagens" do suspeito

Fato este que comprova o mencionado no tópico 3.3 deste trabalho, onde relata que as redes sociais servem como um grande banco de dados para utilização de tecnologias de Inteligência Artificial, ainda mais para reconhecimento facial, não necessitando de serem imagens publicadas no seu próprio perfil, podendo ser de pessoas próximas a você que compartilharam o seu rosto, e assim, você não realiza - efetivamente - a autorização para esse compartilhamento.

Por fim, existem mais centenas de possibilidades de utilização de reconhecimento facial, muitas benéficas e outras altamente maléficas, a critério de segurança de dados, quando a sua maleficência iremos abordar no próximo capítulo sobre suas problemáticas usuais.

4 PROBLEMAS NA UTILIZAÇÃO DO FRT

Como mencionado no capítulo anterior, o resultado de um reconhecimento facial não é gerado com base em texto - essa foto corresponde a essa outra imagem - o que é gerado como resposta é uma proporção, ou seja, esse retrato corresponde a 90%, a critério de

comparação. Todavia, essa proporção não é 100% - soa até irônico - certa, na qual poderia ter confiança na sua credibilidade de resultado.

4.1 CREDIBILIDADE DA PROPORÇÃO SINALIZADA

O reconhecimento facial, por sua natureza e formas de obtenção é menos concisa do que uma obtenção de digital - outro fator biométrico - tendo em vista que sua utilização possui diversos fatores que podem alterar os seus resultados como sua captação em tempo real - câmera CFTV, no local de trabalho - ou o número elevado de arquivos dentro do banco de dados, como assegura AWS (2023), *in verbis*:

> Por exemplo, algoritmos de verificação facial que comparam pessoas a imagens de referência, como uma carteira de motorista ou ficha criminal, atingem pontuações de alta precisão. Porém, esse grau de precisão só é possível quando há:
> - Posicionamento e iluminação consistentes
> - Características faciais nítidas e desobstruídas
> - Controle de cores e fundo
> - Boa qualidade da câmera e resolução de imagem
>
> O envelhecimento é outro fator que afeta os índices de erro. Ao longo do tempo, as mudanças no rosto dificultam a correspondência de fotos tiradas anos antes

Como pode ser extraído desse texto, a acurácia - como ilustra DUQUE (2019): "A acurácia é a proximidade de um resultado com o seu valor de referência real. Dessa forma, quanto maior o nível de acuracidade, mais próximo da referência ou valor real é o resultado encontrado" - do resultado do reconhecimento para sua veracidade, podem variar consideravelmente, a partir da forma de sua obtenção, se forem realizadas capturas com qualidade inferior ou de diferentes dispositivos - câmera de baixa resolução -; o ambiente do local da imagem esteja ruim - baixa iluminação -; o tamanho do arquivo - nível

alto de imagens no banco de dados-; os padrões pré-estabelecidos de equiparação; a alteração da face da pessoa - isso pode ser bem variável, como a alteração da face pelo envelhecimento, por mudanças estéticas, maquiagens ou uma simples barba -; a utilização de objetos - máscara -; se a captação da imagem é em tempo real ou não; e se a ação humana de verificação é realizada por uma pessoa treinada.

Esse último ponto realmente influencia na decisão do reconhecimento facial, pois se a verificação da correspondência for realizada por pessoa que não tenha sido treinada previamente, a sua decisão poderá ser errônea, podendo ser o erro na proporção de 50% das vezes (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 27 e WHITE, 2015).

Contudo, mesma que exista a verificação humana do resultado da comparação - correspondência - da inteligência artificial, estudo realizado pela Essex, Universidade Pública no Reino Unido, demonstra que os atores que realizam a decisão com base no resultado do reconhecimento facial, sofrem desencorajamento de confrontar a decisão da máquina, pela complexidade da sua justificativa, que devem conter em seu teor fatos significativos que corroboram para a não utilização, em caráter de quantidade algorítmica (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 27 e McGregor, 2019).

Não obstante, além da proporção da resposta da correspondência e a não precisão exata do resultado, deveria constar, também, a margem de erro dos resultados por ela gerados.

O falso negativo seria o equivalente a uma identificação que deveria ocorrer e não ocorreu - a imagem do passaporte digital é da mesma pessoa que está passando pelo leitor biométrico no aeroporto e o sistema não o reconhece - e o falso positivo é o equivalente a uma identificação incorreta de uma pessoa - o sistema de reconhecimento facial identifica um ladrão que esteja em uma praça, e o policial detém o cidadão, ao chegar à delegacia percebesse que não se trata da mesma pessoa (LYNCH, 2018).

Neste caso, os sistemas de falsos positivos e falsos negativos, deveriam ser o equivalente a 0% - pois, é o que se espera de uma máquina, não haver erros - porém, o que na realidade ocorre é a

repulsão de uma para com a outra, isso significa que quando uma estiver em fator positivo acima, a que for negativa se reduzirá, e assim sucessivamente, quando for o inverso, devendo, neste caso, serem levadas em conta outras circunstâncias, como a quantidade de pessoas a serem verificadas e o objeto da verificação (LYNCH, 2018).

Por essa razão, tende-se uma grande problemática, caso a resposta do reconhecimento facial induza ao resultado útil do fator - entende-se, a decisão final - e esta esteja completamente ou parcialmente errada, poderá acarretar constrangimento e outros sentimentos inerentes ao ser humano, vítimas de erros da justiça (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 27).

Quando vemos fatos assim, aparentemente, parece que estamos somente no mundo teórico, que na circunstância fato-real não poderíamos ter materialidade do caso. Contudo, no Brasil, que ainda não possui a implementação em alta escala de reconhecimento facial, os Estados que tentaram ou tentam implementar, realizaram situações constrangedoras a algumas pessoas, que iremos citar a seguir.

Na capital do Rio de Janeiro, foram implementadas 25 câmeras no estádio do Maracanã e 12 câmeras no calçadão de Copacabana, o sistema possui reconhecimento facial vinculado a um banco de dados da Polícia Civil, e o seu objetivo é identificar, em tempo real, pessoas com mandado de prisão em aberto, torcedores que são proibidos de adentrar estádios e carros que estejam com alerta de roubo ou furto, segundo o G1 RIO (2019) o sistema funciona da seguinte forma:

> Na prática, um computador analisa todas as características do rosto das pessoas filmadas pelas câmeras de segurança. O software mede a distância entre os olhos, o tamanho do nariz, da boca e do queixo, além de identificar a linha da mandíbula.
> Todas essas informações viram um algoritmo, um número que se torna a identidade biométrica de cada uma das pessoas que foram fotografadas. A empresa responsável por montar a estrutura é a operadora de telefonia Oi.

Modus operandi igualmente relatado neste trabalho. Mas, o que realmente importa é: Ocorre erro? E a resposta é que infelizmente, sim. Na cidade do Rio de Janeiro, uma mulher foi detida, em Copacabana, após o sistema de reconhecimento facial identificá-la e realizar um alerta vermelho ao 19° Batalhão da Polícia Militar (BPM), que realizaram o deslocamento até o local e encaminharam a senhora até o 12° BPM, pois, no momento - a mulher - estava sem os seus documentos pessoais, com a chegada ao Batalhão, tomou conhecimento que não era a "foragida" - logo à frente, entenderão o porquê das aspas - e liberaram a senhora, a suspeita seria que estivesse foragida por crime de homicídio e ocultação de cadáver - particularmente, entendemos ser algo rigorosamente grave a ser imputado a uma pessoa - (G1 RIO, 2019), ao fim, foi tomada a ciência que a suposta foragida estava presa a cerca de 4 (quatro) anos (WERNECK, 2019).

Caso não seja o suficiente, prosseguiremos com mais exemplos de fatos-reais ocorridos, o caso a ser mencionado é a instalação de câmeras com reconhecimento facial em ônibus na cidade de São Carlos, município do Estado de São Paulo.

Com essa funcionalidade, crianças portadoras de deficiência, idosos, ou outros grupos de pessoas que possuem passe livre em transportes públicos na cidade, precisavam olhar para uma câmera no leitor do cartão, acima da catraca, para que verificasse a autenticidade de vínculo entre a pessoa que estava passando o cartão com a titular do próprio, caso não conseguisse visualizar o rosto ou a inteligência artificial não reconhecesse como o titular do cartão, este era *bloqueado* e para ser desbloqueado era necessário se dirigir até o órgão responsável e *pagar uma taxa de R$ 35,00* (G1 SÃO CARLOS E ARARAQUARA, 2018).

Prosseguindo, no Estado da Bahia, ocorre uma festa local - que hoje já é presente em vários outros estados - denominada de Micareta, que normalmente ocorre por quatro dias consecutivos (G1 BA, 2019).

Nesse evento realizado, foi utilizado sistema de videovigilância com uso de reconhecimento facial, onde foram capturados imagens de *mais de um milhão de pessoas*, que estavam frequentando o local da Micareta - fato este que torna evidente a vigilância em massa, sendo

completamente desproporcional tamanha verificação - dessas capturas o algoritmo realizou *novecentos e três alertas* de correspondência - esta correspondência buscava pessoas foragidas ou descumpridoras de regimes domiciliares - que foram efetivamente averiguadas pessoalmente pelos policiais, resultando assim em *dezoito* mandados de prisão e a efetividade de prisão de *quinze* pessoas (G1 BA, 2019).

Agora levemos em comparação 903 alertas para tão somente 18 mandados, a assertividade da inteligência artificial foi de somente **2%** - aproximadamente -, sendo realizados 885 alertas falsos (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 27), que geraram além de gastos públicos, constrangimentos imensos aos transeuntes e usuários da festa, sendo confundidos com criminosos foragidos ou descumpridores de regimes prisionais, outra forma de demonstrar o falso positivo.

Como último exemplo, relatamos a implementação de reconhecimento facial dentro de quase duas mil escolas do Estado do Paraná, o sistema era denominado de "Educatron", porém, foi apelidado pelos alunos e funcionários das instituições de "Deceptron", devido ao número elevado de falhas (AUDI, 2023).

Sua funcionalidade, além das normais, tendo em vista ser uma tela com uma *webcam* é substituir a chamada realizada pelos professores, o próprio sistema identifica o aluno e computa a sua presença - até então, parece revolucionário - porém, foi implementado um experimento em escolas cívicas-militares, em Curitiba, para verificar por meio de gráficos o número de atenção e dispersão dos alunos dentro da sala de aula, por suas expressões faciais, que era gerenciado por pesquisadores da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e à Pontifícia Universidade Católica (PUC-PR), que realizaram um relatório ao final, que conforme AUDI (2023), relatou que:

> O relatório aponta fragilidades do sistema de vigilância, entre elas o armazenamento dos dados pessoais dos estudantes e professores, que segundo os pesquisadores fere a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Além disso, eles questionam a eficácia

> do modelo de monitoramento comportamental na prevenção de violência em sala de aula e ainda racismo dos algoritmos.

Relatório este que é congruente ao tratado neste trabalho - isso, por si só, já soa um tanto tenebroso ou horrendo, por se tratar de crianças, porém acalme-se, que pode piorar -. O sistema também foi implementado em torres, no lado exterior das escolas, com intuito de identificar comportamentos que possam causar riscos à integridade física dos usuários da instituição (AUDI, 2023).

Porém, uma pessoa quando está próxima de cometer um ato violento não demonstra expressões violentas em sua face, necessariamente, todavia, se uma criança for classificada de forma equivocada pela inteligência artificial como uma pessoa violenta, isso pode acarretar danos na sua vida escolar ou profissional - mercado de trabalho - caso esse dado seja vazado ou compartilhado, além de que, formas algorítmicas tendem classificar de forma diversas pessoas da pele branca em relação à negra, atribuindo a pessoas com pele escura, expressões negativas, maioria das vezes (AUDI, 2023).

Como critério objetivo da licitação de realização do sistema e a sua implementação nas escolas era a necessidade de armazenar os dados coletados dos alunos, com intuito de, posteriormente, realização de análises estatísticas, ou seja, os dados biométricos de crianças ficariam guardados por uma empresa privada, estando sujeitos a vazamentos - ou divulgação - para cunhos publicitários ou até mesmo fraudulentos (AUDI, 2023).

Fato este também mencionado por outra pesquisadora, Tavares, que frisou que o sistema, por diversas vezes, não é adaptado para crianças com deficiência - como ocorrido, no caso dos ônibus de São Carlos/SP - e, ainda, relata que são corriqueiros os erros na identificação de pessoas negras, além de que uma classificação errônea, ocasionará, possivelmente, no corte do benefício do bolsa família. (AUDI, 2023).

Por fim, evidencia-se que a proporção gerada por reconhecimento facial, acrescida de profissionais não qualificados para utilização

e julgamento dos resultados, podem gerar danos irreparáveis e desumanos às pessoas vítimas do falso positivo ou falso negativo, e vamos além, como garantia fundamental, assegurada pela Constituição Federal, os dados pessoais estariam fragilizados no mundo virtual, podendo ficar em posse de pessoas maliciosas ou publicitárias.

4.2 A ÉTICA NO USO DO RECONHECIMENTO FACIAL

O último exemplo mencionado no tópico anterior demonstra um viés da possibilidade de falso positivo, porém é necessário adentrar ainda mais nos conceitos éticos de captação. Seria ético capturar imagens de crianças, dentro de uma escola e deixá-las em posse de uma empresa privada?

Essa dúvida está internamente ligada aos critérios de eficiência e eficácia das inteligências artificiais que possuem FRT - reconhecimento facial - com seus desafios (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 28), para a imensa necessidade do avanço tecnológico.

Quando se trata de pesquisadores, em pesquisas acadêmicas, após a publicação final do seu resultado, para gerar a veracidade do que se é exposto, tendem a divulgar todos os dados que utilizaram como base para o termo fim da pesquisa, não sendo diferente nos casos de estudos com reconhecimento facial (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 28).

Outra questão é a imagem obtida dentro de delegacias, são retiradas fotografias dos detidos e supostos acusados, independentemente, de serem posteriormente condenadas ou não, ou seja, antes mesmo do Juiz ter ciência do ocorrido, as imagens retiradas em sede policial já estão presentes no banco de dados da polícia (ZUCCHETTI, 2021), que poderá, também gerar o desagrado ocorrido no Rio de Janeiro, com a identificação errônea de uma transeunte do local.

Fato parecido ocorre nos Estados Unidos, porém de uma forma mais ampla, como assim relata ZUCCHETTI (2021):

> Em algumas cidades dos Estados Unidos, o reconhecimento facial é também utilizado mediante dispositivos móveis e permite aos agentes estatais utilizarem celulares ou tablets para bater fotografia de um motorista/pedestre e imediatamente compará-la com outras insertas em banco de dados

Deste modo, a justificativa de não haver dispersão étnica não é o que ocorre como já relatado neste trabalho, *a discriminação racial* é altamente crescente pelas inteligências de reconhecimento facial, pois seus algoritmos não são capazes de ter o nível de acurácia considerável, quando quem é reconhecido possui pele negra, fato este que ocorreu com as câmeras inteligentes, até a publicação do artigo não tinham capturado nenhum terrorista do banco de dados americano, por outro lado, *capturaram diversas pessoas negras, de forma equivocada* (OZZORIO, 2016).

Outro fato que gera um tamanho desconforto é a utilização dessas câmeras em locais públicos, que irão capturar imagens sem consentimento de pessoas que estejam utilizando o local, pois retiraria a particularidade de locais como praças, bosques, centros, e as pessoas - não criminosas - deixariam de fazer o que fariam, por estarem sendo vigiadas constantemente (ZUCCHETTI, 2021).

Mencionamos, diversas vezes, sobre a captação por meio de câmeras em locais públicos ou privados, mas no mundo atual o problema mudou um pouco de cenário, hoje a captação é pelo grande banco de dados das redes sociais, onde as imagens que ali são publicadas podem servir para utilização de reconhecimento facial, sem qualquer consentimento do usuário (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 29) - fato que ocorreu, na localização de um invasor ao Capitólio, nos Estados Unidos - e assim, surge o receio de como controlar e garantir o respeito, ética e bons costumes, ainda mais, a privacidade das pessoas no uso de suas próprias redes sociais.

No mais, entende-se que o avanço tecnológico é necessário e consequência do passar dos anos com a melhoria nos estudos da

ciência, porém, nada poderá ser feito sem que haja, previamente, uma regulamentação, pois no Brasil a proteção de dados se tornou uma garantia fundamental, constante na Constituição Federal, sendo um tema que deverá ser protegido rigorosamente pelos parlamentares, e a forma de captura dentro da ética e dos bons costumes, não poderá ser deixada de lado.

4.3 DECISÕES DISCRIMINATÓRIAS

Os dados biométricos são dados pessoais sensíveis, como assegura o artigo 5° da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018), pois possuem caráter estrutural e permanente, tornando "petrificado" a privacidade e a proteção de dados, devendo ser abrigado calorosamente pela proteção e regulamentação, tendo em vista sua natureza biométrica e o seu tratamento, que se realizado de forma equivocada, poderá acarretar em discriminações de gêneros, raciais e étnicas (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 31-32; SILVA H, 2020, p. 7).

No treinamento - entende-se elaboração de um algoritmo de reconhecimento facial - os testes realizados são direcionados a apresentações de pares de fotos da mesma pessoa ou do mesmo grupo social/geográfico, que com o passar do tempo, o filtro do reconhecimento é direcionado pela própria máquina a características mais consistentes, assim, caso o treinamento seja direcionado a um grupo social, o algoritmo terá melhor resultado para aquele grupo, no viés de identificação, e acabar falhando quando for de grupo distinto (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 32).

O problema está quando a população do país possuí características físicas altamente distintas como o Brasil, podendo dificultar no treinamento da máquina, ou quando o país possui um nível elevado de características idênticas - asiáticos, por exemplo -, quando pessoas fugirem do "padrão" a tecnologia tenderá a identificar de forma equivocada, podendo ter um falso positivo ou um falso negativo.

Outro fato curioso que foi mencionado de forma rápida neste trabalho, foi a o relatório da Rede de Observatórios de Segurança, que constatou que desde a implementação da tecnologia de reconhecimento facial no Brasil, por alguns estados, *mais de 90% das pessoas presas, com indicação oriunda do reconhecimento facial, são negras* (NUNES, 2019)

Em continuação, NUNES (2019) em seu artigo, ainda menciona que:

> Para jovens e negros, a tecnologia é a certeza de que continuarão a ser abordados de forma preferencial, em nome da chamada guerra às drogas. O reconhecimento facial tem se mostrado uma atualização high-tech para o velho e conhecido racismo que está na base do sistema de justiça criminal e guia o trabalho policial há décadas.

Outra ocorrência, com caráter polêmico, foi o incidente ocorrido em 2015, no aplicativo Google Fotos - aplicativo esse que, quase toda a população usuária de aparelhos com sistema *Android*, possuem - a inteligência artificial criada para qualificar e separar as pessoas que estavam na foto por grupos, *classificou pessoas negras como gorilas, chimpanzés e macacos*, ou seja, a tecnologia de reconhecimento facial, devido o seu treinamento, não pode identificar uma pessoa negra em distinção a um macaco (SALAS, 2018).

A discrepância ainda continua, a empresa para poder corrigir esse "erro racista" da tecnologia, não consertou o algoritmo ou realizou mudanças para melhorar o critério de identificação, apenas baniu do sistema de buscas, essas palavras, por dois anos, para que assim, a máquina não mais categorizasse pessoas negras como esses animais mencionados (SALAS, 2018).

Em relação a categorização pelo gênero é outra problemática concentrada, haja vista que, por diversas vezes o seu treinamento é vinculado a modelos de categoria de cisgênero e/ou binários, que

tendem a ser direcionadas a homem ou mulher, nesta linha, é notório que essa "imposição" poderá gerar circunstâncias de transfobia (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 33), que no atual cenário do mundo já é imensa e desumana, afrontando ainda, o direito de auto-indentificação do gênero.

Assim, demonstra novamente uma afronta a um direito e garantia constitucional, a igualdade em virtude da lei, como assim assegura o Caput, do artigo 5° da Constituição Federal de 1988, a desigualdade foi afirmada por NAJIBI (2020):

> Um número crescente de pesquisas expõe taxas de erro divergentes entre grupos demográficos, com a menor precisão consistentemente encontrada em indivíduos do sexo feminino, negros e com idade entre 18 e 30 anos . No projeto histórico "Gender Shades" de 2018 , uma abordagem interseccional foi aplicada para avaliar três algoritmos de classificação de gênero, incluindo aqueles desenvolvidos pela IBM e pela Microsoft. Os indivíduos foram agrupados em quatro categorias: mulheres de pele mais escura, homens de pele mais escura, mulheres de pele mais clara e homens de pele mais clara. Todos os três algoritmos tiveram o pior desempenho em mulheres de pele mais escura, com taxas de erro até 34% maiores do que em homens de pele mais clara. Uma avaliação independente do Instituto Nacional de Padrões e Tecnologia (NIST) confirmou esses estudos, descobrindo que as tecnologias de reconhecimento facial em 189 algoritmos são menos precisas em mulheres negras.

Neste contexto, a luta pela discriminação é algo que se prolonga há muitas décadas, com a busca da sua aniquilação, tornando a taxa de 0%, o fato de uma tecnologia acabar aumentando os niveís de discriminações é repugnante e retrocessa, e a infelicidade de não

serem extintas, ao contrário acabam sendo escondidas sob o *slogan* de autoridade cientifica e a inclareza deliberada (JAKUBOWSKA, 2021).

Por fim, devido à demonstração relatada neste tópico, percebe-se que são diversas as problemáticas que surgem com o reconhecimento facial, ainda mais em virtude de discriminações em relação à raça, gênero, religião, forma de andar, vestimenta entre outras possibilidades congruentes às minorias, sendo, portanto, sua utilização arriscada e prejudicial ao contexto social marginalizado.

4.4 AFRONTA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No cenário mundial, possuímos conhecimento que estamos sendo vigiados o tempo inteiro, quem nunca falou sobre algo perto de uma pessoa e o seu aparelho telefônico em todas as redes sociais, sites de buscas, entre outros sistemas conectados à internet, foi bombardeado por propagandas daquele assunto?

Quando se trata de buscas para uma pessoa - um tipo de rastreamento - normalmente, tende-se a ser feito com direcionamento de algum objeto eletrônico pessoal, como telefone, computador, relógios entre outros, no reconhecimento facial vai além, rastreia a pessoa, a sua face, o seu ser, em todos os lugares, 24 horas por dia (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 35).

Deste modo, é notório que a captação e utilização de dados biométricos é algo muito delicado e deve ser feito de forma ordenada, legal e consensual, pois, esses dados não poderão ser retirados da pessoa - como um pertence - e substituído por outro, eles serão únicos para toda a vida da pessoa - e até mesmo após a morte, não terão a possibilidade de serem separados -, o reconhecimento facial é o mais invisível e invasivo do que outras formas biométricas, pois o rastreamento é feito sob o véu do anonimato, muitas vezes, e de diversas pessoas, simultaneamente (LYNCH, 2018).

Em um cenário hipotético - pois, não é regra, porém deveria ser - que uma pessoa consiga identificar a origem da obtenção do dado,

dificilmente - para não ser radical é dizer que é impossível - poderá determinar com precisão quais os dados que foram coletados, qual a quantidade - pois, nem mesmo o CEO de grupo *Meta* pode precisar - qual o objetivo final da utilização e se foram compartilhados, e o problema ainda mais grave, ter acesso livre para mudança, seja uma correção de erro ou até mesmo a remoção (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 35).

De fato, a origem das imagens dos bancos de dados de reconhecimento facial pode ser diversa e nem sempre serão de pessoas que cometeram algum crime, pois até imagens de banco de dados para retirada de CNH, são utilizadas pela polícia de Londres para reconhecimento facial, bem como foi criado um sistema de banco de dados da polícia de Londres, denominado de *Gangs Violence Matrix*, que constava imagens de diversos jovens, sem mesmo nunca terem cometido qualquer ato ilegal, pelo contrário, muitos eram vitimas de uma ilegalidade como assalto, tentativa de homicidio entre outros (DODD, 2021).

Em virtude disso, com a pressão da comunidade, segundo DODD (2021), foram retirados da lista:

> Mil jovens negros foram removidos de uma base de dados de gangues alegadamente discriminatórias utilizada pela polícia de Londres, depois de uma análise ter concluído que eles apresentavam pouco ou nenhum risco de cometer violência, apurou o Guardian.
> A matriz de violência de gangues da Polícia Metropolitana contém os nomes e detalhes de milhares de pessoas que, segundo a polícia, representam risco de cometer violência de gangues. Em seguida, dá-lhes uma pontuação que mostra a probabilidade de cometerem violência de gangues.

Demonstra-se, assim, que essa vigilância em massa pode *afetar diretamente o direito fundamental de ir e vir,* pois, poderá gerar

restrições, também afeta diretamente a *liberdade de poder se expressar* como bem entende, ou até mesmo a *liberdade de associar-se e reunir-se.*

Você se sentiria bem sabendo que está sendo filmado o tempo inteiro? Sem possuir conhecimento de quem está vendo, como está sendo tratado, se será compartilhado, ou até mesmo ser raptado, são problemas reais, que afrontam direitos fundamentais essenciais para convivência social e humana, isso esvazia a promessa de democracia e de livre mercado (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 37).

Em suma, podemos ter no convencimento que o reconhecimento facial é amedrontador quando age de forma equivocada, porém se torna opressivo, quando sua precisão alcança níveis elevados (SCHLOTTFELDT, 2022, p. 37).

4.5 A POSSIBILIDADE DE VAZAMENTO DE DADOS

Neste último tópico trataremos de um dos maiores riscos quando falamos de dados vinculados ou armazenados eletronicamente: o vazamento. Assim como qualquer outro dado (CPF, RG, digital, endereço, telefone, outros fontes de dados), os dados biométricos faciais correm o risco de acabarem sendo expostos para pessoas de má índole, que podem ser tanto externos quanto internos, do instituto ou órgão que faz a coleta e armazenamento, e acabarem sendo usados para prejudicialidade da pessoa fonte, no mais, esse tópico será mais expositivo, relatando fatos reais que ocorreram vazamento de dados em grande escala.

Primordialmente, temos que relatar duas hipóteses que podem ocorrer o vazamento interno e externo, isso mesmo, os dados nem sempre estão seguros quando permanecem exclusivamente - internamente - no local onde persiste o banco de dados, como exemplo de uso indevido de dados pelo órgão interno, de pessoas com má índole - e.g - funcionários da Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (NSA) foram investigados e surpreendentemente foi descoberto, em 2013, que utilizavam dados de vídeo vigilância para

espionar cônjuges, namorados (as) deles e de outrem, com o objetivo de constatar fatos extraconjugais (OPERAMUNDI, 2013).

Quanto ao vazamento externo, podemos citar o exemplo mais conhecido: *hackers*. A empresa inglesa, *Eurofins Forensics Services* (EFS), sofreu um ataque cibernético com a instalação de um vírus *ransomware*, naquela época a empresa lidava com quase noventa por cento dos testes de toxicologia forense tanto da Inglaterra como dos País de Gales, em torno de setenta mil casos criminais por ano, a critério de restituição das contas tomadas, foi solicitado um resgate para desbloqueio e "liberação" das contas, porém, não foi divulgada na mídia se o valor foi pago e qual o valor (MINDSECBLOG, 2019; SCHLOTTFELDT, 2022, p. 37).

A CERT.br, Grupo de Resposta a Incidentes de Segurança, que é de responsabilidade nacional, mantido pelo NIC.br, do Comitê Gestor de Internet do Brasil (CGI.br), relatou que até o presente momento, no ano de 2023, já ocorreram no país cerca de 483 mil casos de incidentes com ataques cibernéticos, número altamente elevado, e crescente no decorrer dos anos, pois no ano anterior, foi relatado cerca de 481 mil casos de incidentes, e em 2021, ocorreu cerca de 457 mil casos (CERT.br, 2023;2022;2021).

Fato altamente perigoso, e demonstrativo da insegurança até mesmo em órgãos governamentais brasileiros, o curioso vazamento de dados pessoais sigilosos e sensíveis de pessoas que são beneficiárias do INSS, principalmente de pessoas idosas, recém-aposentadas, que sofreram com um turbilhão de ligações de oferecimento de empréstimos consignados, que por diversas vezes, aceitaram sem possuir o conhecimento do que se trata e acabaram prejudicando sua vida - subsistência - por alguns anos (RODRIGUES, 2010).

Para podermos relatar o fato que realmente é significativo e preocupante a esse trabalho, foi necessário demonstrar a vulnerabilidade dos dados em posse do INSS, haja vista que, a DataPrev, responsável pela gestão de dados sociais dos brasileiros, inclusive do INSS, comunica que começou a mudar a forma da "prova de vida", de

aposentados e pensionistas, passando assim, a coletar por biometria facial, cerca de 5,3 milhões de dados dos beneficiários (INSS, 2021).

Outro fato preocupante é o acesso a contas bancárias - tanto para gerar uma nova, como para acessar uma já existente - através de inteligência artificial com reconhecimento facial, pois, golpistas, no município de Barueri, no Estado de São Paulo, foram pegos em uma investigação da polícia civil. Na residência em que houve a busca e apreensão, foi apreendido um manequim com a impressão de fotos de várias pessoas - que podem ter sido tiradas de redes sociais -, e utilizadas para burlar o sistema de reconhecimento facial de aplicativos de banco, com o intuito criarem contas bancárias e solicitarem empréstimos, estima-se que o prejuízo está em torno de mais de um milhão de reais (ARAÚJO, 2023).

Esta forma de burlar sistema é denominada de *ataques de apresentação*, onde pessoas mal-intencionadas utilizam, além do manequim, fotos ou vídeos. Carecendo assim, na necessidade de que empresas - públicas ou privadas - busquem prevenção tecnológica para situações correlatas, bem como a *ataques de metamorfose*, que seria a fusão da face de duas pessoas, em uma única imagem, com essa fusão, tecnologias de reconhecimentos faciais identificariam as duas pessoas como sendo uma só (AWARE, 2022).

Assim sendo, poderia relatar diversos outros fatos de vazamentos de dados que afetam diretamente a direitos e garantias fundamentais, como a privacidade, liberdade, ir e vir, presunção da inocência e a mais recente, garantia fundamental, a proteção de dados.

Deste modo, devido a sua precisão ser questionável e a possibilidade de vazamento ser altamente perigosa e arriscada não parece ser algo utilizável como primeira opção, e caso seja necessário sua utilização, pelas circunstâncias, que os dados por ela coletados e armazenados sejam guardados com tecnologias de primeira linha, que possuam o mínimo de possíveis erros ou fragilidades para ataques cibernéticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado exaustivamente neste trabalho, o uso do reconhecimento facial pode ter o viés ou *slogan* de ser um benefício, ser eficiente e melhorar a eficácia, com a rapidez de apresentação, garantindo comodidade aos aplicadores e não aos usuários reais, mas, também, carrega consigo muitas dúvidas, erros, controvérsias, fraudes e discriminações.

Nosso rosto não se limita à estética; ele carrega nossa identidade e singularidade. Contudo, na tecnologia de reconhecimento facial, é reduzido a números e pontos, perdendo sua essência. Essa transformação em algoritmos para fins comerciais tem sérias implicações na privacidade, liberdade individual e integridade humana, afetando também princípios democráticos e de não discriminação.

O fato de uso do reconhecimento facial, à distância, gera por sua natureza, diversas problemáticas sucessíveis a grandes debates, tendo em vista que poderá(ão) gerar o processamento de dados, sem limites, com caráter desproporcional, identificando milhares de pessoas, mesmo quando o seu objetivo é identificar específicos indivíduos, afrontando claramente a transparência na coleta e a base legal para arquivo e proteção.

Deste modo, quando estamos falando de captação à distância, ainda não existe solução aplicável para suprir o déficit de autorização para a coleta dos dados, devido ao número elevado de pessoas que podem ser objetos da inteligência, que corrobora fidedignamente ao direito singular de expectativa do anonimato, ou seja, quando as pessoas buscam, em espaços públicos, a privacidade e não serem reconhecidas por tudo e todos. Quando esse direito é afrontado, de forma desidiosa, pelo Estado, acaba gerando um efeito negativo, com circunstância inibidora de direitos, garantias e liberdades fundamentais.

Sendo assim, é necessário buscar um prumo entre a necessidade clara de evolução e a garantia de todos os direitos, no que for viável,

para tornar sua afronta ou extinção, significativamente nula, esta linha de pensamento que justifica a apreciação, com apresentação de temas objetivos desse contexto, como a privacidade e proteção de dados, princípios da proporcionalidade e necessidade (pois, o uso de FRT em níveis de escala "em massa" é plenamente desproporcional e a sua necessidade é contraditada com a possibilidade de uso de outros meios de identificação), transparência e responsabilidade, o uso ético dos dados biométricos e a estrutura necessária de regulamentação de tecnologias revolucionárias.

Por fim, diante da problemática suscitada na introdução deste trabalho, cumpre esclarecer que os processos de uso de inteligências artificiais que possuem reconhecimento facial devem ser precedidos do envolvimento de críticos, que deverão ser imparciais em suas decisões, como exemplo, a sociedade no todo, com assembleias e grupos que possuem interesse público ou as comunidades que seriam diretamente afetadas por essas evoluções tecnológicas, com acréscimo na pauta, da informação sobre a tecnologia emergente que possui, nos seus sistemas, a possibilidade de alterar a vida pública dos cidadãos, com honestidade, transparência e humanidade.

REFERÊNCIAS

AMAZON WEB SERVICES. AWS. O que é reconhecimento facial. Disponível em: https://aws.amazon.com/pt/what-is/facial-recognition/. Acesso em: 29 out. 23.

AUDI, Amanda. Revista Galileu. **Reconhecimento facial no Paraná impõe monitoramento de emoções em escolas:** Mecanismo que reconhece expressões dos alunos reproduz racismo e apresenta fragilidades, dizem pesquisadores. 27 out. 23. Disponível em: https://revistagalileu.globo.com/tecnologia/noticia/2023/10/reconhecimento-facial-no-parana-impoemonitoramento-de-emocoes-em-escolas.ghtml. Acesso em: 30 out. 23.

ARAÚJO, Aurélio. Uol. **Golpe da cara falsa: homem usava boneco e foto para burlar biometria facial.** 19 jun. 23. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2023/06/19/golpe-da-cara-falsa-homem-usava-boneco-e-foto-para-burlar-biometria-facial.htm. Acesso em: 06 nov. 23.

BARBOSA, Andressa. Forbes. **O que levou a Itália a proibir o ChatGPT?** primeiro país do Ocidente a banir a ferramenta da OpenAI em seu território, alegando violações de privacidade, seguirá investigando a ferramenta. 31 mar. 23. Disponível em: https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/03/o-que-levou-a-italia-a-banir-o-chatgpt/. Acesso em 6 de out. de 2023.

BRASIL. Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Diário Oficial Da União Brasília, n 157, 10/10/2019, Seção 1, p.2.

CORMEN, Thomas H; **Introduction to algorithms.** Tradução SIMILLE, Arlete Marques. **Algoritmos.** 3rd ed. Rio de Janeiro: GEN |

Grupo Editorial Nacional. Publicado pelo selo LTC | Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda, 2022**.**

DODD, Vikram. The Guardian. **A thousand young, black men removed from Met gang violence prediction database:** Exclusive: Sadiq Khan review into 'discriminatory' police matrix found 38% on list posed little or no risk. 03 fev. 21. Disponível em: https://www.theguardian.com/uk-news/2021/feb/03/a-thousand-young-black-men-removed-from-met-gang-violence-prediction-database. Acesso em: 05 nov. 23.

DUQUE, Gabriel. IDblog. O que é acurácia? Entenda o conceito e sua importância. 29 set. 19. Disponível em: https://blog.idwall.co/o--que-e-acuracia/. Acesso em: 29 out. 23.

ESTATÍSTICAS DE INCIDENTE. CERT.br. **Incidentes Notificados ao CERT.br:** Incidentes notificados voluntariamente ao CERT.br por CSIRTs, administradores de redes e usuários finais. 20 jul. 23. Disponível em: https://stats.cert.br/incidentes/. Acesso em: 06 nov. 23.

EUROPEU, Parlamento. Atualidade. **Lei da UE sobre IA: primeira regulamentação de inteligência artificial**: A utilização da inteligência artificial na UE será regulada pela lei da IA, a primeira lei abrangente do mundo sobre a IA. Sabe como esta lei te vai proteger. 15 jun. 23. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20230601STO93804/lei-da-ue-sobre-ia-primeira-regulamentacao-de-inteligencia-artificial. Acesso em 6 de out. de 23.

FILHO, Pedro Zucchetti. ConJur. **Reconhecimento Facial: Compreendendo os Limites de Uso.** 26 jun.21. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jun-26/opiniao-reconhecimento-facial-compreendendo-limites-uso. Acesso em: 03 nov. 23.

FOLHA VITÓRIA. **Desigualdade digital: o desafio de acessar a internet nas regiões mais afastadas:** Vulnerabilidade econômica e

territorial limitam o acesso à internet e desigualdade de acesso cresce em regiões afastadas. 28 jan.22. n.1. Disponível em: https://www.folhavitoria.com.br/geral/noticia/01/2022/desigualdade-digital-o-desafio-de-acessar-a-internet-nas-regioes-mais-afastadas. Acesso em: 3 out. 23

G1. **Facebook é condenado a indenizar brasileiros em R$ 500 por vazamento de dados: saiba como se proteger:** Cerca de 530 milhões de usuários do Facebook em todo o mundo tiveram seus dados vazados, desse pelo menos 8 milhões são brasileiros. 25 mar.23. Disponível em: https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2023/03/25/facebook-e-condenado-a-indenizar-brasileiros-em-r-500-por-vazamento--de-dados-saiba-como-se-proteger.ghtml. Acesso em: 25 out. 23.

G1 BA. **Feira de Santana registra 33 prisões por reconhecimento facial durante micareta:** Mais de 1,3 milhão de foliões tiveram rostos capturados pela nova tecnologia. Dezoito mandados de prisões foram cumpridos. Outras 14 pessoas foram detidas por descumprimento de prisão domiciliar. 29 abr. 19. Disponível em: https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/04/29/feira-de-santana-registra-33-prisoes-por--reconheci mento-facial-durante-micareta.ghtml. Acesso em: 30 out. 23

G1 RIO. **Sistema de reconhecimento facial da PM do RJ falha e mulher é detida por engano:** Secretaria reconheceu o erro e lamentou o fato. Segundo a corporação, a pessoa foi levada para a delegacia, onde foi confirmado que não se tratava da criminosa procurada. 11 jul. 19. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/07/11/sistema-de-reconhecimento-facial-da-pm-do -rj-falha--e-mulher-e-detida-por-engano.ghtml. Acesso em: 29 out. 23

G1 SÃO CARLOS E ARARAQUARA. **Após instalação de biometria facial, crianças portadoras de deficiência não conseguem andar de graça nos ônibus:** Passageiros de São Carlos (SP) perdem o benefício porque o sistema, feito para evitar fraudes, bloqueia o cartão quando

não consegue fazer a identificação facial. 26 jul. 18. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2018/07/26/apos-instalacao-de-biometria-facial-criancas-portadoras-de-deficiencia-nao-conseguem-andar-de-graca-nos-onibus.ghtml. Acesso em: 30 out. 23

GUERRA, Ana Rita. Diário de Notícias. **Zuckerberg: "Monitorizamos informação sobre as pessoas quando não estão no Facebook":** O CEO da rede social reconheceu o uso de metadados de que os utilizadores não têm conhecimento para fins publicitários e a monitorização mesmo depois de fazerem logout do Facebook. 11 abr. 18**.** Disponível em: https://www.dn.pt/media/segundo-dia-de-interrogatorio-a-mark-zuckerberg-siga-aqui-9251119.html. Acesso em: 25 out. 23.

Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Gov.br. **INSS amplia e simplifica prova de vida digital:** Mais de cinco milhões de beneficiários poderão fazer o procedimento em apenas um aplicativo. 23 fev. 21. Disponível em: https://www.gov.br/inss/pt-br/assuntos/prova-de-vida/inss-amplia-e-simplifica-prova-de-vida-digital. Acesso em: 06 nov. 23.

JAKUBOWSKA, Ella. EuroNews. **Mass facial recognition is the apparatus of police states and must be regulated:** Research shows that facial analysis algorithms consistently judge black faces to be angrier and more threatening than white faces. 17 fev. 21. Disponível em: https://www.euronews.com/2021/02/17/mass-facial-recognition-is-the-apparatus-of-police-states-and-must-be-regulated. Acesso em: 05 nov. 23.

KASPERSKY, lab. **O que é reconhecimento facial – definição e explicação.** 2023. Disponível em: https://www.kaspersky.com.br/resource-center/definitions/what-is-facial-recognition. acesso em 20 de ago. de 23.

LIMA, Isaia Lopes. **Inteligência artificial.** 1. ed. Rio de Janeiro : Elsevier, 2014.

LOPES, André. Exame. **Como o FBI usou reconhecimento facial para achar invasor do Capitólio:** O manifestante trumpista foi rastreado e preso após um software encontrar fotos dele no Instagram. 21 abr. 21. Disponível em: https://exame.com/tecnologia/como-o-fbi-usou-reconhecimento-facial-para-achar-invasor-do-capitolio/. Acesso em: 26 out. 23

LYNCH, Jennifer. Eletronic Frontier Foundation. Face Off: Uso da Tecnologia de Reconhecimento Facial pela Aplicação da Lei. 12 fev. 18. Disponível em: https://www.eff.org/wp/law-enforcement-use-face-recognition. Acesso em: 29 out. 23.

MACHADO, Fabrício da Silva. **Inteligência artificial.** et al. Porto Alegre: S.AGAH, 2019

MCGREGOR, Lorna; MURRAY, Daragh; NG, Vivian. Direito internacional dos direitos humanos como estrutura para a responsabilidade algorítmica. International and Comparative Law Quarterly, 68(2), 309-343. Disponível em: https://doi.org/10.1017/S0020589319000046. Acesso em: 29 out. 23.

NAJIB, Alex. Harvard University. **Racial Discrimination in Face Recognition Technology.** 24 out. 20 Disponível em: https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2020/racial-discrimination-in-face-recognition-technology/. Acesso em: 05 nov. 23.

NORVIG, Peter. Tradução SIMILLE, Regina Célia. **Inteligência artificial**. 3rd ed. Rio de Janeiro: LTC, 2021.

NUNES, Pablo. Intercept Brasil. **EXCLUSIVO: LEVANTAMENTO REVELA QUE 90,5% DOS PRESOS POR MONITORAMENTO FACIAL NO BRASIL SÃO NEGROS**: Rede de Observatórios de Segurança monitorou a tecnologia de reconhecimento facial em cinco estados. Resultado: além de ineficiente, sistema agrava o encarceramento de negros.

21 nov. 19. Disponível em: https://www.intercept.com.br/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasil-negros. Acesso em: 30 out. 23

OPERAMUNDI. Rede Brasil Atual. **Agentes usavam recursos da NSA até para descobrir casos extraconjugais de parceiros:** Investigações internas nos últimos anos detectaram agentes que vasculhavam telefonemas e e-mails de parceiros. 27 set. 13. Disponível em: https://www.redebrasilatual.com.br/mundo/agentes-usavam-recursos-da-nsa-ate-para-descobrir-casos-extraconjugais-de-parceiros-4494/. Acesso em: 06 nov. 23.

PRESSE, France. G1. **Musk e centenas de especialistas pedem pausa no avanço de sistemas com inteligência artificial:** Grupo alerta para riscos à humanidade e propõe suspensão de seis meses em pesquisas sobre sistemas mais poderosos que o GPT-4, da criadora do ChatGPT. Iniciativa também pede criação de órgãos reguladores e responsabilização por danos causados pela IA. 29 mar. 23. Disponível em: https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2023/03/29/musk-e-centenas-de-especialistas-pedem-pausa-no-avanco-de-sistemas-com-inteligencia-artificial.ghtml. Acesso em 6 de out. de 23.

RECEITA FEDERAL. Sistema de reconhecimento facial da Receita Federal é destaque em revista internacional. 01 nov. 17 Disponível em: https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2017/novembro/sistema-de-reconhecimento-facial-da-receita-federal-e-destaque-em-revista-internacional. Acesso em: 26 out. 23.

RODRIGUES, Lino. Extra Globo. **Sigilo vazado por R$ 200: CDs com dados de aposentados e donos de carros são vendidos livremente em São Paulo.** 09 dez. 10. Disponível em: https://extra.globo.com/economia-e-financas/sigilo-vazado-por-200-cds-com-dados-de-aposentados-donos-de-carros-sao-vendidos-livremente-em-sao-paulo-174645.html. Acesso em: 06 nov. 23.

SALAS, Javier. El País. **Google conserta seu algoritmo "racista" apagando os gorilas:** Google Photos confundia pessoas negras com macacos. Este patch mostra a opacidade dos algoritmos. 16 jan. 18. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/14/tecnologia/1515955554_803955.html. Acesso em: 04 nov. 23.

SCHLOTTFELDT, Shana. **ALL EYES ON ME**: riscos e desafios da tecnologia de reconhecimento facial à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei 2.338/2023**. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233. Acesso em 6 de out. de 23.

SILVA, Heloísa Helena. Algoritmos de reconhecimento facial e as discriminações contra pessoas transexuais. **Revista InternetLab,** São Paulo, v. 2, n-2, p. 47-66, dezembro 2021.

TV Globo; G1 SP. **Metrô de SP inicia operação de novo sistema de monitoramento eletrônico por meio de reconhecimento facial; TJ chegou a impedir instalação:** De acordo com entidades que entraram com ação, sistema não atendia aos requisitos legais previstos na Lei Geral de Proteção de Dados, entre outros. O sistema custou o total de R$ 58 milhões e utilizará cerca de 5 mil câmeras de monitoramento quando estiver 100% implementado. Por ora, 18 estações da Linha 3-Vermelha receberam 1.381 câmeras. 21 nov.22. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/11/21/metro-de-sp-inicia-operacao-de-novo-sistema-de-monitoramento-eletronico-por-meio-de-reconhecimento-facial-tj-chegou-a-impedir-instalacao.ghtml. Acesso em: 26 out. 23.

WERNECK, Antônio. O Globo. **Reconhecimento facial falha em segundo dia, e mulher inocente é confundida com criminosa já presa:** Sistema dava mulher que já estava na prisão como foragida. PM diz que pedirá à Polícia Civil aperfeiçoamento do banco de dados do

sistema. 11 jul. 19. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/reconhecimento-facial-falha-em-segundo-dia-mulher-inocente-confundid_a-com-criminosa-ja-presa-23798913?versao=amp. Acesso em: 30 out. 23

WHITE, David; DUNN, James D.; SCHMID, Alexandra C.; KEMP, Richard I. Taxas de erro em usuários de software de reconhecimento facial automático. Plos One, 10(10): e0139827. Disponível em: https://doi.org/10.1371/journal.pone.0139827. Acesso em: 29 out. 23

WHITE PAPER. Aware. **Lidando com a crescente ameaça de ataques de apresentação, "deepfakes" e "morphs".** 16 out. 23. Disponível em: https://www.aware.com/wp-content/uploads/2023/10/Presentation-Attacks_Knomi_Whitepaper_Portuguese.pdf. Acesso em: 06 nov. 23.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET E APLICAÇÕES NO ÂMBITO NORMATIVO-JURÍDICO DIGITAL: UMA ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Fábio Barbosa Alves[84]

Marcelo Pereira Cruvinel[85]

RESUMO

A natural evolução da Internet ensejou a criação das mais diversas redes sociais em apenas duas décadas, o que resultou, também, em uma execução de crimes e de outros atos ilícitos nas plataformas de redes sociais, formalmente designadas como provedores de aplicações de Internet. Nessa toada, diversos dispositivos e diplomas normativos foram aplicados em âmbito digital, até culminar na promulgação do Marco Civil da Internet, em 2014, o qual previu diversos direitos e deveres, tanto para os usuários de Internet quanto para os provedores de Internet. Um dos pontos de maior polêmica do estudo em tela é a questão envolvendo a responsabilidade civil trazida pelo Marco Civil em seu artigo 19, tendo em vista que condiciona a responsabilização do provedor de aplicações a uma ordem judicial. De mais a mais, o artigo em comento termina por isentar o provedor de aplicações de qualquer ônus até o momento da expedição de uma ordem judicial requerendo a remoção de algum conteúdo, tratando-se uma norma fulminada por sua inconstitucionalidade. Para a averiguação e análise da inconstitucionalidade da norma em tela, com esteio no método hipotético-indutivo, foram sondadas normas de outros países, como a Alemanha, França e Itália, juntamente com supedâneo em publicações

84 Advogado. Graduado em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (Unieuro).

85 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-graduado *lato sensu* em Gestão Judiciária pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado *lato sensu* em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Constitucional pela AVM. Graduado em História pela UDF/Cruzeiro do Sul. Servidor Público Federal.

científicas que embasam o propósito desta obra. Finalmente, cuidou-se de sugerir alternativa após a declaração de inconstitucionalidade do artigo.

Palavras-chave: Marco Civil da Internet**.** Responsabilidade civil**.** Artigo 19**.** Provedores de aplicações de Internet.

INTRODUÇÃO

A sociedade sempre se encontra em constante evolução nas diversas searas do cotidiano, em especial, por obviedade, a própria Internet, o que acaba por abarcar as redes sociais, modificando a forma com que as pessoas se comunicam entre si no dia a dia. Os indivíduos da sociedade moderna encontram grande refúgio no âmbito das redes sociais, em razão dos grandes avanços tecnológicos ocasionados pelos próprios humanos, sendo que, tendo em vista os supracitados progressos, diversas foram as alterações perpetradas em nível mundial — incluindo no que se refere a transformações e adaptações na rotina da população.

Nessa toada, a utilização em massa das redes sociais, assim como de toda a Internet de forma geral, gerou, consequentemente, os mais variados atritos entre os usuários da rede mundial de computadores, os quais resultaram no cometimento dos crimes, antigamente pensados para o século passado, mais especificamente nos anos 40, no âmbito das próprias redes sociais, tais como como os delitos contra a honra, ensejando a necessária aplicação da legislação penal no mundo digital.

Não obstante a aplicação do Código Penal, verificou-se, ademais, que as relações travadas na Internet igualmente clamavam pela observância da legislação cível, como, por exemplo, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, cada qual de acordo com o seu espectro de atuação nas diversas relações existentes, a depender do caso concreto em análise, cabendo a responsabilização civil daquele que causou o dano no seu respectivo vínculo jurídico, isto é, na relação entre o usuário de Internet e seus abundantes provedores.

De mais a mais, diante da farta ocorrência de lesões referentes à relação entre os usuários de Internet e seus provedores de conexão e de aplicações de Internet diante de conteúdos publicados por terceiros, imperiosa foi a criação da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que inovou no mundo jurídico pátrio ao estipular os princípios, garantias, direitos e deveres na esfera da utilização da rede mundial de computadores pelos seus usuários, assim como pelos seus próprios provedores. A referida legislação, entre diversas revoluções no aspecto digital, trouxe, equitativamente, uma definição mais clara da responsabilidade havida entre o usuário de Internet e seu provedor de aplicações de Internet, bem como o momento de ocorrência da responsabilidade deste, trazendo no artigo 19 do Marco Civil da Internet como se dará a devida responsabilidade do referido provedor.

O problema de pesquisa levantado no presente trabalho acadêmico reside no fato de que o artigo 19 do Marco Civil da Internet, em que pese tenha definido a responsabilidade do provedor de aplicações de Internet, trouxe um certo diapasão jurídico, pois privilegiou a liberdade de expressão e a proteção dos provedores pelos conteúdos publicados por terceiros em detrimento da honra e imagem das vítimas lesadas pelos materiais. Nesse sentido, é de extrema importância efetuar o seguinte questionamento em face do dispositivo em comento: o artigo 19 do Marco Civil da Internet, diante de todo o exposto, faz jus à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário brasileiro?

A hipótese contestável relativa à questão posta acima é a de que o artigo 19 do Marco Civil da Internet se encontra eivado por vício de inconstitucionalidade, pois encerra por proteger os provedores de aplicações de Internet diante de conteúdos publicados por terceiros, deixando desamparada e desarmada a vítima que sofreu vilipêndio a seus direitos.

Adiante, o objetivo geral deste ensaio visa analisar e demonstrar a inconstitucionalidade do artigo em comento e seus respectivos impactos na sociedade no uso das redes sociais, perfazendo um

exame atinente à norma em vigor e seus desrespeitos aos dispositivos basilares da Carta Magna.

No que se refere aos objetivos específicos, os quais serão de grande valia para a execução do objetivo geral do presente trabalho, ocorrerão com o seguimento dos seguintes atos: efetuar uma análise histórica da Internet em âmbito nacional e mundial; aferir quais as legislações aplicáveis na seara digital; explorar as inovações trazidas pelo Marco Civil da Internet; pesquisar quais os tipos de responsabilidade civil existentes no Brasil, e as consequências de cada uma; averiguar a responsabilidade dos provedores de conexão e de aplicações de Internet em território nacional; realizar uma comparação da responsabilidade cível dos provedores antes e após o Marco Civil da Internet; sondar a responsabilidade dos provedores de Internet em outros países para uma análise do direito comparado; e verificar os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que dizem respeito à inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet.

No que tange à justificativa, o tema proposto possui grande relevância, tanto para a academia como para a sociedade como um todo, considerando o crescente uso das redes sociais mundialmente, resultando em maiores quantidades de conteúdos ofensivos publicados pelos usuários, bem como conteúdos caluniosos direcionados tanto para uma pessoa em específico quanto para um grupo. Nesse sentido, a importância e relevância se dão quando da ocorrência dos supracitados conteúdos publicados e qual é a medida da responsabilidade dos provedores, bem como dos usuários.

A análise da inconstitucionalidade, ou não, do artigo 19 do Marco Civil da Internet certamente será um dos pontos mais debatidos futuramente no Poder Judiciário e por doutrinadores, posto que definirão quando os provedores de aplicações de Internet serão responsabilizados por conteúdos publicados por seus usuários, e qual o papel das pessoas ofendidas, caluniadas ou injuriadas.

De mais a mais, o método de abordagem de pesquisa a ser utilizado no presente estudo será o hipotético-dedutivo, em razão da análise das

possibilidades concernentes à declaração de inconstitucionalidade do artigo 19 e suas consequências no mundo jurídico-real. Esse método conferirá auxílio para verificar quais os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, e sondar a responsabilidade dos provedores de aplicações de Internet no Brasil.

Quanto aos procedimentos, a técnica utilizada será uma pesquisa de fontes, mais especificamente a pesquisa bibliográfica, haja vista a utilização de fontes secundárias, como sítios eletrônicos, livros, jurisprudências, revistas e artigos científicos. Quanto aos níveis de pesquisa, a técnica será exploratória, posto que terá como escopo proporcionar mais informações sobre a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet e suas consequências, explorando acervos bibliográficos e documentais. E, finalmente, quanto à sua natureza, a técnica abordada será um resumo de assunto, haja vista a utilização de artigos e trabalhos mais avançados para a construção das consequências e demonstração da inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet.

Para mais, este ensaio se encontra dividido em três capítulos em seu corpo textual, ressaltando, também, a introdução e a conclusão. O primeiro capítulo possui o escopo de analisar os aspectos históricos da Internet no Brasil e no mundo, salientando como a legislação brasileira observa, atualmente, a figura dos provedores de Internet e quais os regramentos normativos aplicados no âmbito do Direito Digital.

No segundo capítulo, será averiguada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e do Código Penal na seara da rede mundial de computadores, assim como uma sondagem da responsabilidade dos provedores em outras nações, tais como nos Estados Unidos da América, na Itália, na Alemanha e na França, para uma comparação com o modelo adotado no Brasil.

Em seu terceiro capítulo, o presente trabalho abordará como o Marco Civil da Internet atribui as regras de responsabilidade aos provedores de aplicações de Internet, qual a situação atual no Poder Judiciário brasileiro referente ao artigo 19 do Marco Civil da Internet e todas as causas que ensejam a necessária declaração

de inconstitucionalidade do dispositivo em comento, baseadas em diversas publicações científicas.

1 OS PROVEDORES DE INTERNET NO BRASIL E A EXTENSÃO AOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO

Para a introdução do leitor à presente pesquisa, será necessária uma breve explanação a respeito dos aspectos históricos da Internet, tanto em âmbito mundial quanto em âmbito nacional, demonstrando os impactos da Internet desde a sua criação nos anos 80 e 90. Ademais, serão abordadas as diferenciações entre os provedores de aplicações de Internet e os provedores de conexão à Internet, haja vista sua extrema importância para fins de responsabilização. E, não menos importante, far-se-á uma análise das legislações pertinentes ao mundo digital, incluindo o próprio Marco Civil da Internet.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA INTERNET

Sabe-se que, ao longo de todos os anos, a humanidade sempre teve a ânsia de se fazer comunicar das mais diversas formas possíveis, isto é, desde as simples linguagens corporais até às complexas linguagens sonoras manufaturadas, naturalmente, pelos próprios humanos. Além disso, a comunicação não se restringe aos humanos, também se perfazendo em todas as demais comunidades de animais ao redor do globo terrestre.

Ora, a sociedade, em razão da supracitada ânsia pela expansão da comunicação, buscou meios cada vez mais inovadores para transmitir informações aos seus pares, chegando até o momento em que se deu, pelas mãos do inventor Samuel Finley Breese Morse, ao final da década de 1830 e início da década de 1840[86], a criação de um aparelho

86 Samuel F.B. Morse, nome completo Samuel Finley Breese Morse, (nascido em 27 de abril de 1791, Charlestown, Massachusetts, EUA — falecido em 2 de abril de 1872, Nova Iorque, Nova Iorque, EUA), pintor e inventor americano, responsável pelo

responsável por emitir pulsos elétricos que se faziam passar por cabos, estes que ligavam dois pontos. Essa invenção ficou conhecida mundialmente como "telégrafo" (em inglês *telegraphy*), onde a emissão dos pulsos elétricos foi aliada à utilização do Código Morse, isto é, os partícipes de uma comunicação decodificavam as informações por meio de códigos enviados entre si (MUNDO EDUCAÇÃO).

Utilizando as palavras de LEONARDO, MARTINS e FIOLHAIS (2009, p. 2), assim funcionava o telégrafo elétrico:

> [Samuel F. B. Morse] Patenteou o seu aparelho eletromagnético em 1837, incluindo na patente um código de sinais com pontos e traços. Este aparelho baseava-se num eletroímã capaz de acionar uma alavanca com uma pena na ponta que, quando pressionada contra um rolo de papel, traçava uma linha. Em 1846, começou a funcionar o serviço telegráfico usando o sistema Morse, entre Washington DC e Nova York.

O telégrafo foi, basicamente, a primeira forma que a humanidade encontrou de transmitir informações se apropriando de tecnologias digitais. Com o passar das décadas, foram desenvolvidos outros meios de comunicação sem a necessidade de conexões físicas entre dois pontos em comum, tais como o rádio (em meados da década de 1890[87]) e telefone (em 1876-1878[88]), até chegar, finalmente, na

desenvolvimento do telégrafo elétrico (1832–35). Em 1838, ele e seu amigo Alfred Vail desenvolveram o Código Morse. (MABEE, 2022, tradução nossa)

87 O inventor italiano Guglielmo Marconi [...] foi o primeiro a desenvolver a ideia do rádio, ou telégrafo sem fio, na década de 1890. Suas ideias tomaram forma em 1895, quando ele enviou uma mensagem em Código Morse para um receptor a mais de 1 quilômetro de distância. (ELON UNIVERSITY. 1890s – 1930s: Radio. Tradução nossa. Disponível em: https://www.elon.edu/u/imagining/time-capsule/150-years/back-1890-1930/. Acesso em: 12 out. 2022.)

88 Alexander Graham Bell ganhou a primeira patente nos Estados Unidos pelo dispositivo [telefone], em 1876. Bell iniciou suas pesquisas em 1874 e tinha investidores que deram a ele o melhor plano de negócios para levar o dispositivo ao mercado. Em 1877-78, a primeira linha telefônica foi construída, a primeira central foi criada e o primeiro mercado telefônico começou suas operações. (ELON UNIVERSITY. 1870s –

criação da Internet, sendo este, até o presente momento, o ápice do desenvolvimento das telecomunicações de valor adicionado, uma verdadeira revolução nessa seara.

Diferentemente do que se convenciona nos tempos atuais, tem-se que, em época remota, "Os primórdios da Internet remetem à reação do governo norte-americano ao Projeto Sputnik da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), capitaniadas *[sic]* pela Rússia, durante a guerra fria, em 1957" (ABREU, 2009, p. 2), onde a até então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) almejava efetuar o lançamento de diversos satélites artificiais ao espaço, com o objetivo de expandir a comunicação, sendo essa competição uma das inúmeras travadas entre a URSS e os Estados Unidos da América (EUA) durante o pós-Segunda Guerra Mundial, contudo, uma das imbuídas de maior importância, em razão de ter sido o pontapé inicial para a corrida espacial, a qual teve profundos impactos relevantes para a sociedade como um todo.

A supracitada resposta da Casa Branca em face do Projeto Sputnik foi a criação, ainda em 1957, de uma agência militar, mais conhecida como *Advanced Research Projects Agency* (ARPA), ou, em português, Agência de Desenvolvimento de Projetos Avançados, a qual possuía o dever de auxiliar na seara defensiva nacional. Mais tarde, a National Aeronautics and Space Administration (NASA) passou a cuidar a área defensiva espacial, enquanto a ARPA foi encarregada de exercer funções relativas à defesa terrestre (BISNETO, 2003, p. 2).

A partir desse momento, a ARPA se viu diante da necessidade de interligar todos os cientistas de todo o País, tendo em vista que, com mais rapidez, maiores seriam as chances de ficarem a frente da URSS ao longo da guerra fria. Seguindo esse objetivo, a ARPA desenvolveu a *Advanced Research Projects Agency Network* (ARPANET), que detinha como característica principal a possibilidade de realizar a comunicação entre as diversas universidades dos Estados Unidos e as repartições governamentais, o que facilitaria, primordialmente,

1940s: Telephone. Tradução nossa. Disponível em: https://www.elon.edu/u/imagining/time-capsule/150-years/back-1870-1940/. Acesso em: 12 out. 2022.)

o compartilhamento de projetos militares, ensejando o avançado desenvolvimento das tecnologias na disputa entre o Ocidente e a URSS.

Consequentemente, a primeira comunicação a distância utilizando a ARPANET se deu em 1969, da seguinte forma:

> Com a publicação dos planos da ARPANET ficou mais fácil se angariar esforços para o desenvolvimento do modem e, em 1969, a empresa BBN (Bolt, Benarek & Newman) faz a primeira comunicação entre computadores entre a Universidade de Stanford em Massachusetts na costa leste dos EUA e a Universidade da Califórnia em Los Angeles na costa oeste. (BISNETO, 2003, p. 4)

Dessa forma, a ARPANET, que, inicialmente, possuía objetivos, sobretudo, militares, ao longo da década de 1970 começou a se expandir em território norte-americano, não se limitando às questões militares nacionais, conforme o excerto a seguir: "Com cerca de dois mil usuários em 1975, a Net permitia um acesso livre aos professores e pesquisadores usuários desta tecnologia." (ABREU, 2009, p. 2). Diante dessa faísca do ápice tecnológico comunicativo, a consequência lógica foi o desenvolvimento científico-educacional, resultando no fomento da proliferação das mais variadas ideias e informações entre os institutos de educação.

1.1.1 ADVENTO DA INTERNET EM ÂMBITO MUNDIAL

Após a criação da referenciada ARPANET em território norte-americano, com o seu uso, ao longo dos anos 70, continuando restrito aos cientistas, colaboradores, pesquisadores, professores e universitários, diversas redes e sistemas foram criadas para suprir algumas demandas pontuais, tais como, em 1972, um sistema de troca de mensagens de texto (primórdio do *e-mail*) e, em 1974, o *Internet Protocol*, ambos para habilitar uma comunicação mais segura e precisa

entre as universidades e repartições governamentais (BISNETO, 2003, p. 5).

Com a expansão e flexibilização do sistema de redes interligadas, diversas outras redes foram criadas ao longo das décadas de 70 e 80, em que pese cada rede possuísse uma certa finalidade, isto é, estava longe de ser a Internet como se conhece atualmente, em razão da restrição e nicho a qual cada uma estava submetida. As principais redes criadas foram as seguintes: Telenet (1974), que detinha finalidades comerciais; Theorynet (1977), a qual prezava pelo compartilhamento de discussões científicas; Usenet (1979), que existe até hoje e tinha como finalidade a publicação de informações fora da área científica; BitNet (1981), uma rede restrita aos cientistas detentores de computadores da marca *International Business Machines Corporation* (IBM); EuNet (1982), uma rede situada na Europa; e FreeNet (1986), sendo esta uma rede criada pela Universidade de Cleveland, também conhecida por ser a primeira rede de acesso gratuito.

Além disso, não obstante o uso do nome ARPANET ter permanecido por bastante tempo, a própria ARPANET passou a se utilizar, em 1982, do *Internet Protocol,* ainda que tal tecnologia houvesse sido criada em meados do ano de 1974, o que gerou, consequentemente, a migração de todas as redes adversárias para o Protocolo Internet, pois a ARPANET ainda era a maior das redes daquela época, detendo grande influência nessa seara.

Salienta-se que nesse período o mundo digital ainda não possuía um termo fixo para ser designado, em razão de cada rede ter seu próprio nome, sem quaisquer conexões entre cada uma delas. Nesse sentido, a origem do termo Internet, bem como do próprio *Domain Name Server* (DNS), endereços governamentais e terminações (.br, .jp, .ru, .pt, entre outros), e o *arroba,* se deu nos seguintes termos:

> Com a massificação do uso da rede de computadores sob o Internet Protocol por parte das universidades, em 1983 o termo "protocolo" desaparece e a rede passa a ser conhecida apenas por Internet. No ano

> seguinte, se desenvolve o DNS (Domain Name Server), e os computadores da rede passam o ser identificáveis por endereços (.org .edu .gov), os países recebem terminações (.br .uk .cn). Também o sistema de mensagens recebe as mesmas terminações, que passam a ser identificáveis pelo símbolo @ (o caractere arroba). (BISNETO, 2003, p. 6)

Adiante, foi apenas em 1989-1991 que a Internet passou a ser desenvolvida para se tornar o que se conhece atualmente, com a criação do *Hyper-Text Transfer Protocol* (HTTP) e do *WorldWideWeb* (WWW), os quais permitiram a rápida proliferação da rede mundial de computadores e, além disto, a exploração desse meio com finalidades puramente comerciais (BISNETO, 2003).

A partir do momento em que foram criados o HTTP e o WWW, aliados ao uso do Protocolo Internet pelas diversas redes, tornou-se natural o crescimento da utilização do espaço virtual em âmbito mundial (BISNETO, 2003, p. 6), haja vista a abertura das redes para finalidades que não fossem estritamente científicas e acadêmicas, o que gerou, inevitavelmente, uma intensificação do manejo da Internet por parte de particulares que buscavam efetuar pesquisas, enviar e-mails, ler notícias, comprar ações na bolsa de valores, se comunicar com outros usuários, visualizar vídeos, jogar jogos eletrônicos, entre outras diversas funcionalidades que foram proporcionadas pelo advento da Internet até os dias atuais (ABREU, 2009).

Ademais, em números, a rede *National Science Foundation Network*, conforme pesquisa elaborada (NSF, 2003), possuía, no ano de 1985, apenas cerca de 2000 computadores conectados à sua rede de Internet, todavia, tal número saltou para o patamar, em 1993, de 2 milhões de computadores conectados, número este absurdamente expressivo para a uma tecnologia tão primitiva, restrita e de difícil acesso, o que embasa mais ainda o sucesso inevitável da Internet ao final dos anos 90 e durante toda a década dos anos 2000.

Quanto ao número de usuários, em dezembro de 1995, a Internet concentrava por volta de 16 milhões de indivíduos conectados à rede mundial de computadores, sendo o referido número já um grande avanço para aquele período. Entretanto, o crescimento nesse quesito sempre superou as expectativas, avançando para a quantia de 300 milhões de usuários no início dos anos 2000, e alcançando, no mais recente levantamento realizado em julho de 2022, a marca de 5,4 bilhões de usuários conectados na Internet, o que representa quase 70% da população mundial do período em questão (INTERNET WORLD STATS, 2022).

Com todo esse mar de pessoas no mundo digital, foi fatal a utilização da Internet nas diversas searas da humanidade, tais como: educação, comércio, entretenimento, informação e trabalho. No que tange aos objetivos dos grandes empreendedores, assim restavam suas mentes quando atraíam seus olhos para o vislumbre da Internet, o que demonstra apenas o desejo humano de lucro, deixando diversos outros âmbitos em segundo plano:

> Entretanto, para os investidores das empresas norte-americanas que desenvolveram a Internet, o que interessava era o lucro. Berners-Lee, que desejava manter a Internet aberta, livre e sem proprietários, diferentemente dos demais ramos dos Meios de Comunicação de Massa conhecidos até então, acreditava no potencial global do novo meio e o transformou, segundo a revista Time, de "um sistema de comunicações poderoso que somente a elite poderia usar (...) em um meio de comunicação de massa". (ABREU, 2009, p. 4)

À vista disso, todos os dados supracitados demonstram o colossal crescimento da Internet ao redor do globo, limitando-se não somente aos países desenvolvidos, mas também incluindo nessa lista diversos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Para mais, com a crescente disseminação da Internet, diversos sítios eletrônicos

foram criados e consolidados ao longo dos anos, o que viabilizou a manutenção da utilização da rede mundial de computadores por parte da sociedade, em razão da vasta expansão comunicativa, sendo este, inclusive, o ponto primordial que motivou a criação da própria Internet e trouxe toda a coletividade a este momento temporal.

1.1.2 A INTERNET NO BRASIL

Como já dito anteriormente, a Internet se espalhou pelo mundo inteiro, incluindo, na imensa lista de países, o próprio território nacional tupiniquim, isto é, o Brasil, sendo que a Internet começou a ser implantada, mais precisamente, em setembro de 1988, quando o Laboratório Nacional de Computação Científica, situado no Rio de Janeiro, obteve acesso à rede BitNet, em razão desta ser uma rede voltada para os cientistas, perfazendo, assim, uma conexão com a Universidade de Maryland, nos Estados Unidos da América, conforme artigo veiculado pelo sítio eletrônico OFICINA DA NET (2008).

Ao longo do tempo, outros institutos de educação foram se conectando à rede BitNet, culminando na criação, pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), da

> [...] rede ANSP (Academic Network at São Paulo), interligando a Universidade de São Paulo (USP), a Universidade de Campinas (Unicamp), a Universidade Estadual Paulista (Unesp) e o Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo (IPT). Mais tarde, ligaram-se à ANSP a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS). (OFICINA DA NET, 2008)

A rede brasileira ANSP foi responsável por efetuar a ligação pela Internet das principais universidades de São Paulo, o que facilitou a comunicação entre elas, assim como permitiu uma maior troca de

informações na seara científica e educacional, abrindo, pouco depois, tal espaço para outras universidades brasileiras.

Seguindo a mesma trajetória percorrida no exterior, consoante OFICINA DA NET (2008), no Brasil a Internet teve seu início no âmbito dos institutos educacionais, sendo que somente em 1994 a rede mundial de computadores começou a ganhar forma publicamente, o que foi motivado pelos testes feitos pela Embratel para fornecer serviços de acessos à Internet. Todavia, ressalta-se que a Embratel era uma empresa estatal até o ano de 1998, quando foi privatizada, o que evidencia o monopólio das telecomunicações de valor adicionado vivenciada nos anos 90, abarcando os próprios serviços de rede de Internet (BNDES, 2009).

De mais a mais, a Internet no Brasil começou a crescer sem parar somente a partir de 1996, quando os serviços pela Embratel foram ampliados e a abertura do mercado para outras empresas privadas foi garantida pelo próprio governo, o que abriu margem para a criação de diversas empresas fornecedoras de serviços de telecomunicação.

Segundo números publicados no sítio eletrônico *Our World in Data*, mais especificamente nas pesquisas levantadas referentes à Internet, por ROSER, RITCHIE E ORTIZ-OSPINA (2015), o Brasil possuía, no ano de 1991, um pouco mais de 5 (cinco) mil usuários conectados à Internet. Esse cômputo saltou para 5 (cinco) milhões em 2000, depois para quase 80 (oitenta) milhões em 2010 e, finalmente, para os incríveis 173 (cento e setenta e três) milhões de usuários conectados no ano de 2020, o que representa cerca de 81% (oitenta e um porcento) da população brasileira (ROSER, RITCHIE E ORTIZ-OSPINA, 2020).

Portanto, de acordo com todos os dados reproduzidos e motivados, fica claro que a Internet, assim como ocorreu no resto do mundo, penetrou de forma inevitável nas diversas searas da sociedade brasileira, sendo a Internet utilizada não somente para fins comunicativos, mas, também, para o entretenimento, trabalho, educação e auxílio nas atividades rotineiras, e, em que pese a rede mundial de computadores tenha chegado para permanecer em

terras brasileiras, ainda existe grande margem para sua expansão, principalmente nas regiões interiores, as quais se encontram em localidades de extrema distância das grandes cidades metropolitanas.

1.2 O PROVEDOR DE CONEXÃO À INTERNET FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para uma compreensão mais cristalina ao longo da profunda análise da responsabilidade dos provedores de internet e de aplicação, é imperiosa a conceituação dos provedores de conexão à internet, isto é, será efetuado um breve destrincho do que significa provedor de internet em sua forma conceitual intrínseca, bem como sua comparação em como a legislação brasileira visualiza os provedores de internet.

Nesse sentido, o provedor de internet (do inglês *internet provider*), também chamado, por vezes, de provedor de acesso ou provedor de conexão, é um termo em português constantemente utilizado para designar as empresas de comunicação que prestam os serviços de internet.

Conforme registros no sítio eletrônico Dicio (Dicionário Online de Português), a palavra 'provedor' significa "Algo ou alguém que provê ou que fornece o necessário", ou seja, o provedor é aquela pessoa ou algo que efetua o fornecimento de alguma coisa.

Enquanto isso, o termo 'internet' significa "Rede de computadores através da qual é possível conectar e interligar computadores ao redor do mundo". Geralmente, a palavra internet também é utilizada para se referir à própria rede mundial de computadores, em razão da amplitude mundial em que se chegou para conectar milhões de computadores particulares ao redor do globo, não importando a distância física existente entre os usuários.

Nesse diapasão, unindo o significado de ambos os termos 'provedor' e 'internet' elencados acima, chega-se ao raciocínio lúdico de que o provedor de internet é aquela pessoa responsável por fornecer

o acesso à rede mundial de computadores, o que, no caso do território brasileiro, são as empresas de Internet que fornecem o serviço de valor adicionado.

Seguindo essa mesma linha argumentativa quanto ao conceito de provedor de internet, também assim asseverou CEROY (2014):

> [...] o Provedor de Acesso ou Provedor de Conexão é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que consistem em possibilitar o acesso de seus consumidores à internet. Para sua caracterização, basta que ele possibilite a conexão dos terminais4 de seus clientes à internet. Em nosso país os mais conhecidos são: Net Virtua, Brasil Telecom, GVT e operadoras de telefonia celular como TIM, Claro e Vivo, estas últimas que fornecem o serviço 3G e 4G.

No mesmo sentido, assim também entendeu LEONARDI (2005, *apud* DUTRA e SILVA, 2016, p. 150) ao definir o conceito de provedor de internet: "é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet, ou por meio dela".

E, de forma elucidativa e lúdica, assim define, também, o termo provedor de internet, consoante palavras do ilustre VASCONCELOS (2010, p. 277), Mestre e Doutor em Direito Civil:

> Assim, provedor de acesso é a instituição que se liga à Internet, partindo de um "ponto-de-presença" ou outro provedor, para obter conectividade IP e repassá-la a outros indivíduos e instituições, em caráter comercial ou não. O provedor de acesso torna possível ao usuário final a conexão à Internet através de uma ligação telefônica local. Em suma, provedor de acesso é aquele que serve obrigatoriamente de elemento de ligação entre o internauta receptor e o internauta emissor. Não resta dúvida de que um provedor de acesso é também um prestador de serviços técnicos,

> engajado contratualmente como intermediário entre os utilizadores de internet.

Ademais, ocorre que o Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014) a principal legislação referente ao regulamento do ambiente virtual da rede mundial de computadores, fora omisso no que tange ao importantíssimo conceito de provedor de internet, restando aos operadores do direito utilizarem os dizeres intrínsecos de seus próprios termos.

De mais a mais, o Marco Civil da Internet cuidou apenas de definir o conceito de "conexão à internet", salientando que esta é a "habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP", nos termos do artigo 5º, inciso V da supracitada legislação digital, a seguir reproduzido: "V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP" (BRASIL, 2014). Porém, observa-se que o dispositivo ainda resta silente quanto ao conceito próprio de "provedor de conexão à internet", para efeitos da efetiva responsabilização deste.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o provedor de internet é um gênero do qual são espécies todos os demais tipos de provedores, utilizando, então, para se referir ao provedor de internet em sentido estrito, o termo 'provedor de acesso', como consta a seguir em um julgado de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, mais precisamente no REsp 1.316.921/RJ: "(ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet;"

Todavia, em que pese o Marco Civil da Internet não tenha estabelecido, de uma vez por todas, o significado de provedor de internet, o legislador proferiu uma singela alteração, intencional ou não, no conceito de provedor de internet, segundo entendimento esposado a seguir:

> Quanto a este provedor, é importante frisar que o marco civil da internet operou certa alteração no mencionado conceito ao afirmar que, na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo o respectivo dever de manter os registros de conexão. Tendo, ainda, definido como administrador de sistema autônomo a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento devidamente cadastrado no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao país. (CEROY, 2014)

Ou seja, ao normatizar a respeito da responsabilidade quanto ao armazenamento de endereços de IP de todos os usuários, os representantes congressistas incluíram, dentro do âmbito dos provedores de internet, os administradores de sistema autônomo, independentemente de ser uma pessoa física ou jurídica.

Portanto, fica evidente que, apesar do legislador se omitir a respeito da clara identificação de quem é o provedor de acesso à Internet, assim como todos os demais provedores, é possível extrair uma interpretação legal alicerçada em jurisprudências e doutrinas, bem como ao se analisar o próprio conceito literal utilizado pelos setores da tecnologia da informação, sendo o provedor de acesso à Internet, até em sentido contrário, aquele que obtém toda a estrutura de Internet e proporciona o acesso aos consumidores finais, mediante um termo contratual, oneroso ou não, habilitando o usuário para enviar e receber pacotes de dados.

1.3 O PROVEDOR DE APLICAÇÃO E SUAS DIFERENÇAS PARA COM O PROVEDOR DE INTERNET

Como já devidamente ressaltado em momento anterior oportuno, o provedor de conexão à internet (também conhecido como provedor de acesso ou provedor de conexão) é aquela pessoa

responsável por ser uma espécie de intermediária entre a Internet e seus usuários, assim dizendo, quem fornece, *de facto*, a prestação de serviços de Internet para seus contratantes.

Porém, para efeitos da responsabilidade civil dos provedores de conexão à internet e dos provedores de aplicação de internet, é necessário que se diferencie este daquele, haja vista serem pessoas atuantes em searas completamente diversas, e qualquer confusão poderia ocasionar, a depender do caso concreto, uma responsabilização injusta relativa aos fatos ocorridos no âmbito de um ambiente virtual instituído por um provedor de aplicação de internet, entretanto, quando da utilização, por um usuário, de uma conexão fornecida por um outro provedor de conexão à internet (VASCONCELOS, 2010, p. 275).

Ao se analisar a própria legislação inovadora, qual seja, o Marco Civil da Internet, observa-se que em nenhum momento ela aduz, objetivamente, quem é o provedor de conexão à internet e quem é o provedor de aplicações de internet, o que acabaria por gerar razoáveis dúvidas quanto a quem responsabilizar na ocorrência superveniente de um fato ilícito praticado por terceiros.

Nessa toada entende FLUMIGNAN (2020, p. 189):

> Apesar de não haver bem uma definição destas espécies de provedores na lei, tem-se que os provedores de conexão correspondem aos provedores de acesso (Marcel Leonardi) ou PSAs (Ronaldo Lemos) e os provedores de aplicações de internet, grosso modo, se assemelham aos provedores de serviços on-line (PSOs) trazido por Ronaldo Lemos.

Não obstante, a legislação tomou por certo conceituar, ao menos, as seguintes denominações: conexão à internet e aplicação de internet. Tal designação fora petrificada, mais precisamente, no artigo 5º, incisos V e VII, do Marco Civil da Internet, objetivamente sedimentando a conexão à internet como "a habilitação de um

terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP", assim como definindo as aplicações de internet como sendo "o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet".

Ora, o conceito de provedor de conexão à internet já fora devidamente debatido em momento anterior, restando aqui apenas abordar o significado de provedor de aplicações de internet, bem como sua devida diferenciação daquele. Seguindo a mesma linha de raciocínio utilizada no âmbito da conceituação literal do provedor de conexão à internet, tem-se que "provedor" é aquela pessoa ou algo que fornece um determinado produto ou serviço, enquanto "aplicações de internet" são todas as serventias que podem ser usufruídas com o auxílio de uma máquina conectada à internet, seja um computador, televisão, celular, *videogame*, entre outros, nos termos do próprio Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014).

Dessa forma, tendo por base o próprio significado intrínseco das palavras utilizadas pelo Marco Civil da Internet, é possível significar o provedor de aplicações de internet da seguinte forma: aquele que disponibiliza e fornece um conjunto de funcionalidades que somente podem ser acessadas via terminal conectado à internet.

Pois bem, para melhor elucidar tal conceito, os provedores de aplicações de internet são aqueles conhecidos por oferecerem quaisquer utilidades na Internet, isto é, são os responsáveis por darem vida à rede mundial de computadores, como, por exemplo, as redes sociais, os jornais disponibilizados eletronicamente, os aplicativos de mensagens, os *sites* de hospedagem de vídeos e/ou áudios, além de inúmeros outros sítios eletrônicos e/ou aplicativos que concedem funcionalidades à internet em benefício de seus usuários (ZANINI, 2018, p. 689)

À vista dessa linha argumentativa, assim entende AQUINO (2016, *apud* DUTRA e SILVA, 2016, p. 157), ao conceituar o provedor de aplicações de internet:

> Então, num primeiro momento, pode-se dizer que Provedor de Aplicação de Internet é uma expressão que descreve qualquer organização, grupo ou empresa que proporcione aos usuários um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um computador conectado à internet.
> Dessa forma, pode-se tirar uma conclusão inicial que não se enquadra na expressão acima citada, o provedor de backbone (provedor de infraestrutura) e o provedor de acesso ou conexão, este último pela própria distinção feita pelo Marco Civil da Internet em seu texto entre provisão de aplicações e provisão de conexão de internet.

Além de efetuar a própria descrição do que é o provedor de aplicações de internet, o ilustre Autor, em seu trecho colacionado acima, também demonstra a distinção existente entre aquele e o provedor de conexão à internet, extraindo referida informação da própria norma em comento, qual seja, do artigo 5º do Marco Civil da Internet, haja vista esta legislação conceituar a 'conexão à internet' e as 'aplicações de internet', em que pese não faça o mesmo com os provedores de tais serviços.

Outrossim, ao analisar o artigo 15 do Marco Civil da Internet, o qual dispõe sobre a responsabilidade de guarda de informações atribuída aos provedores de aplicações de internet, FLUMIGNAN (2020, p. 190) aduz que

> Por sua vez, o art. 15 estipula que este provedor [de aplicações de internet] é aquele "constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos". Portanto, pode-se definir o provedor de aplicação de internet como "qualquer pessoa jurídica que, através de um terminal conectado à internet, fornece um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas pelos usuários".

O entendimento esposado acima, aliado a uma interpretação do artigo 15 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), conduz ao complemento conceitual de que o provedor de aplicações de internet se limita, aos olhos da legislação nacional, às pessoas jurídicas organizadas, com alinhamentos profissionais e finalidades econômicas. Para um melhor entendimento, reproduza-se a seguir o supracitado dispositivo:

> Marco Civil da Internet
> Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Isto posto, utilizando o raciocínio provido pelo referido Autor, a separação constante entre o provedor de conexão à internet e o provedor de aplicações de internet está no sentido de que, respectivamente, o primeiro é a pessoa física ou jurídica responsável por fazer com que ao usuário final o pacote de dados, possibilitando a este se conectar à internet por meio de uma máquina, enquanto o segundo é a pessoa jurídica que disponibiliza funcionalidades dentro da própria Internet. Para uma melhor compreensão, no que tange ao provedor de aplicações de internet, cita-se, como exemplos, alguns dos atuais provedores de Internet em território nacional: Claro, TIM, Oi Fibra e Vivo Fibra; como alguns exemplos atuais dos provedores de aplicações de internet, têm-se os seguintes: *YouTube*, *Facebook*, *Google*, *Gmail*, *iCloud*, *Twitter*, *LinkedIn*, G1, Correio Braziliense, *Outlook*, entre diversos outros provedores que dão a plena luminescência à rede mundial de computadores.

1.4 REGRAMENTOS NORMATIVOS ANTERIORES E POSTERIORES AO MARCO CIVIL DA INTERNET REFERENTES À REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

No que se refere ao ordenamento jurídico pátrio, a instituição de normas relativas especificamente ao âmbito digital é um movimento ainda recente do Poder Legislativo, todavia, isso não significa que a Internet era uma terra-sem-lei antes da consolidação do Marco Civil da Internet.

Ainda nos anos 90, em que pese não existisse um regramento especial para a aplicação exclusiva no mundo digital, era plenamente possível o transporte de normas de outras áreas para o meio digital, com sua devida adaptação, a depender de cada caso concreto. É o que ocorreu com a própria Constituição da República Federativa do Brasil, pois, ainda que ela não haja referenciado de forma certeira, em seu corpo, uma proteção para os usuários da Internet, observa-se que, dentre outros, os direitos à privacidade, à liberdade de expressão e ao sigilo das correspondências, da comunicação e dos dados são garantias que possuem extrema relevância no mundo digital, em razão de serem princípios basilares que efetivam a proteção de seus usuários, e, em que pese tais direitos sejam reconhecidos em diversos momentos da vida, seus reflexos na Internet se materializam em maior abundância, principalmente na sociedade contemporânea, com as discussões fervorosas sobre *fake news*, liberdade de expressão e privacidade (TEIXEIRA, 2022, p. 52-53).

No que tange aos artigos mencionados, esses se encontram a seguir transcritos:

> **Constituição Federal**
> Art. 5º. [...]
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Por conseguinte, quanto ao reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais em âmbito digital, ao ressaltar, inclusive, a transcrição de direitos constitucionais ao Marco Civil da Internet, assim leciona, brilhantemente, o autor TEIXEIRA (2022, p. 53):

> O regramento jurídico da proteção de dados no Brasil já estava previsto em outras normas jurídicas, como a Constituição Federal, entretanto, previsto sob a roupagem da tutela à privacidade (CF, art. 5º, X), e o sigilo da correspondência, da comunicação e dos dados (CF, art. 5º, XII). Esses direitos estão previstos no Marco Civil da Internet – Lei n. 12.965/2014 –, embora sendo um tratamento mais superficial, tendo essa própria lei, em seu art. 3º, inc. III, expressado que a proteção de dados é um princípio legal, mas "na forma da lei". Ou seja, o próprio Marco Civil da Internet reconhece a necessidade de uma lei específica para proteção de dados.

Ademais, outros regramentos normativos também são aplicados na seara digital há décadas, ainda que não sejam legislações específicas para tal, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e o Código Penal.

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, tem-se que este diploma normativo está abarcado de extrema rigidez e relevância na Internet, principalmente nas relações consumeristas efetivadas por

meio do *e-commerce*, isto é, as compras efetuadas de forma *online*, sem a necessidade de comparecer fisicamente até o local e adquirir o produto almejado. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor também é aplicado na relação existente entre o provedor de conexão à internet e o usuário final, haja vista a celebração de um contrato para o fornecimento de Internet (VASCONCELOS, 2010, p. 282).

Quanto ao Código Civil, é lúdica sua aplicação no mundo digital, principalmente em um momento da história onde as relações advindas e/ou mantidas na Internet se tornaram cada vez mais comuns, não restando dúvidas de que a legislação material cível possui plena aplicabilidade em âmbito digital, ainda mais quando se fizerem presentes as figuras dos danos materiais e morais, bem como os próprios contratos celebrados virtualmente, desde que não sejam advindos de uma relação intrínseca de consumo.

No que tange ao Código Penal, seguindo a mesma linha de raciocínio da aplicabilidade do Código Civil, sabe-se que, a depender do crime em espécie, diversos tipos penais podem ser praticados, sem quaisquer empecilhos, por usuários na esfera de utilização de sua conexão à internet, em virtude de diversos bens jurídicos, em que pese terem sido pensados para sua proteção na vida real, serem claramente abarcados pela tutela virtual, o que pode ocasionar, tal qual na vida real, a ocorrência de diversos fatos ilícitos, como a calúnia, difamação e injúria (STJ, 2021).

Adiante, realizada a demonstração das legislações nacionais não exclusivas para o meio digital contemporâneo, passa-se, agora, para uma breve análise das — poucas — leis criadas com o anseio de serem aplicadas, sobretudo, na alçada digital quando, principalmente, da utilização da Internet por seus respectivos usuários. Ainda em 1997, foi criada a Lei nº 9.472, que detém o condão de dispor, também, sobre a organização dos serviços de telecomunicação. Naquele longínquo ano de 1997, a mentalidade referente à Internet era completamente diferente, tendo em vista que ela estava somente a engatinhar naquele período, o que acabou por ensejar, na criação da supracitada lei, a

ausência de uma referência específica sobre os serviços de Internet, como pode ser vislumbrado na própria lei em tela (BRASIL, 1997).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende, atualmente, nos termos da Lei nº 9.472/1997, em seu artigo 61, §1º, que o serviço prestado pelos provedores de conexão à internet é de valor adicionado, e não um serviço de telecomunicações, conforme o dispositivo a seguir reproduzido: "§1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição" (BRASIL, 1997). Nessa toada, tal argumentação ensejaria, em tese, a desnecessidade de recolhimento de ICMS e a atipicidade no caso de algumas condutas envolvendo a retransmissão de sinal de Internet, conforme julgado do CC 116452/RJ, a seguir transcrito:

> "[...] o serviço de conexão à internet não pode executar as atividades necessárias e suficientes para resultarem na emissão, na transmissão, ou na recepção de sinais de telecomunicação. Nos moldes regulamentares, é um serviço de valor adicionado, pois aproveita uma rede de comunicação em funcionamento e agrega mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações" (José Maria de Oliveira, apud Hugo de Brito Machado, in "Tributação na Internet", Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 89)." (REsp nº 456.650/PR, Voto Vista Ministro Franciulli Netto) A atividade do provedor de acesso à internet via telefonia caracteriza-se, portanto, como Serviço de Valor Adicionado (SVA) que não demanda prévia autorização permissão ou concessão da União, já que, de acordo com o art. 61, § 1º, da Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), "não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que

> lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição".

Como a discussão sobre a classificação, ou não, dos provedores de conexão à internet não é pertinente a este trabalho, bem como pelo fato de haver certa divergência sobre o referido enquadramento legal, passa-se para a análise das demais normas.

Em 2012, foi criada a Lei nº 12.737, mais conhecida por Lei Carolina Dieckmann, em razão da ocorrência de crimes referentes à publicidade digital, sem autorização, de diversas fotos íntimas da atriz que motivou o nome dado à norma. Salienta-se que essa lei foi, sem ressalvas, uma das precursoras no que diz respeito à proteção dos usuários dos serviços de Internet em território brasileiro, haja vista sua modificação abrupta no Código Penal para fazer incluir e/ou modificar os seguintes fatos típicos ocorridos em âmbito digital: invasão de dispositivo informático, interrupções de serviços digitais, falsificação de documentos, falsificação de cartões e obtenção indevida de dados (LIMA, 2015).

E, enfim, chega-se à última legislação mais recente que dispõe sobre o Direito Digital, qual seja, a Lei nº 13.709/2018, mais conhecida pela sua seguinte nomenclatura: Lei Geral de Proteção de Dados, ou, simplesmente, pela sua sigla LGPD. Com forte inspiração europeia, a Lei Geral de Proteção de Dados visa resguardar todos os dados pessoais que são armazenados por pessoas físicas ou jurídicas, incluindo tanto os dados tratados por órgãos governamentais — pessoas jurídicas de direito público —, bem como aqueles tratados por pessoas jurídicas de direito privado. É importante deixar claro, para fins conceituais, que dado pessoal

> é a "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" (LGPD, art. 5º, inc. I). Isto é, algo que se faz conhecer uma pessoa por identificá-la, como o nome da pessoa física, o número do seu RG ou outro documento. Ou algo que possa

> levar à identificação de uma pessoa (identificável – capaz de identificar uma pessoa), por exemplo, a data de nascimento, o endereço, a geolocalização; ou mesmo a soma de informações. (TEIXEIRA, 2022, p. 52)

Nessa toada, a Lei Geral de Proteção de Dados traz uma série de obrigações direcionadas às pessoas, físicas ou jurídicas, imbuídas de tratar os dados pessoais de seus usuários, devendo seguir a finalidade que motivaram o colhimento dos dados pessoais, consoante bem dispõe os artigos 7º e 11 da LGPD.

Em caso de descumprimento relativo ao tratamento dos dados pessoais, o controlador e o operador que se obrigaram a executar o referido tratamento serão convocados para serem responsabilizados por todos os danos causados, em razão do descumprimento contratual, nos termos dos artigos 31, 42, 43, 44 e 45, todos da LGPD, o que se encontra devidamente aportado nos mencionados artigos da LGPD (BRASIL, 2018).

Portanto, as legislações abordadas no presente tópico são as principais atinentes ao setor tecnológico brasileiro, mais precisamente no âmbito da Internet, o que enseja o reconhecimento de normas que, em que pese não sejam exclusivas e não tenham sido criadas com o anseio de se fazerem ser aplicadas na seara digital, foram adaptadas para sua aplicação parcial, ou não, na Internet. Ademais, foram demonstrados os regramentos normativos voltados para a própria rede mundial de computadores, quais sejam, a Lei nº 12.737/2012 e a Lei nº 13.709/2018.

1.5 O MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI Nº 12.965/2014)

No ano de 2014, mais precisamente no dia 23 de abril, foi publicada a Lei nº 12.965, a qual detinha, como objetivo primordial, promover e determinar diversos princípios, garantias e deveres para a regular utilização da Internet em território brasileiro, em razão

da expansão exponencial do uso da Internet pelos brasileiros ao longo do início do século XXI, como já fora devidamente abordado e demonstrado neste presente trabalho em tópico próprio.

É imperioso salientar que o Marco Civil da Internet foi criado em um momento delicado para toda a comunidade internauta brasileira, haja vista a promoção, pelos provedores de conexão à Internet, de restrições de acesso para determinados sítios eletrônicos, o que retiraria o caráter de neutralidade das operadoras de Internet, conforme exposto a seguir:

> Para o primeiro setor [provedores de conexão à Internet], a internet deve ser neutra no que diz respeito a conteúdo, mas as teles reivindicam o direito de vender pacotes fechados de internet (como planos para celular que limitam acesso a redes sociais e sites pré-determinados). Para isso, é necessária a identificação do tipo de informação transferida. (UOL, 2013)

Ao analisar o trecho acima elencado, fica cristalino que, no início dos anos 2010, as operadoras de Internet reivindicavam uma maior limitação no que diz respeito aos sítios eletrônicos acessados por seus usuários, isto é, restringindo o acesso às redes sociais e a diversos outros sites, nos mesmos moldes já estabelecidos pelas consolidadas operadoras de televisão por assinatura.

Diante de todo esse imbróglio digital, não se limitando à discussão da própria neutralidade da rede, o Brasil, por meio do Congresso Nacional, resolveu, por bem, criar uma legislação específica para proteger os direitos dos usuários de Internet, resultando no demasiadamente citado Marco Civil da Internet, que encontra justificativa para sua elaboração nas respeitáveis palavras do próprio Relator do Projeto de Lei, a seguir integralmente transcritas:

> A relatoria desse projeto se provou um grande desafio e um fértil aprendizado. Em meio a tantas barreiras e incertezas, alguém muito próximo, já preocupado com as idas e vindas do processo, certa vez me perguntou quem raios havia me escolhido como relator do problemático Marco Civil. Estava inconformado. Respondi, com um sorriso, que eu mesmo havia não só pedido, mas insistido em relatar o mesmo. Lutei por ele porque vi a internet como a conhecemos em perigo. Porque a neutralidade da rede precisava ser garantida e as forças que se faziam presentes no Congresso pressio- navam na direção contrária. Porque acredito que a democracia passa cada vez mais pela internet, e a internet precisa de uma rede neutra para florescer. Sem neutralidade, não há futuro para a nossa rede.
>
> Este foi, sem dúvida, o ponto que mais gerou resistência na Casa. O argumento de que a garantia em lei da neutralidade da rede representaria perdas para as empresas telefônicas foi munição pesada para os opositores ao projeto. Falou-se, também, que a oferta de pacotes que permitissem a segmentação da internet, com preços diferen- ciados para o acesso a determinados serviços, facilitaria o acesso da comunidade mais carente à internet, quando, na realidade, apenas fecharia mais portas para a população digitalmente excluída. (MOLON, 2014 *apud* LEITE; LEMOS, 2014, p. 27)

Ao defender a neutralidade da rede, o Relator do Marco Civil na Câmara dos Deputados combateu os interesses das operadoras de telecomunicações, tendo em vista que estas ansiavam pelo fim da neutralidade e por uma maior restrição dos conteúdos acessados pelos usuários da Internet.

Em que pese todos os argumentos contrários e o ardente combate promovido pelos provedores de conexão à Internet, o Marco Civil da Internet foi aprovado e, até o presente momento, se encontra em pleno

vigor, sendo um dos responsáveis pela manutenção da neutralidade da rede no Brasil e pela promoção dos mais diversos princípios, garantias, direitos e deveres no âmbito do uso da rede mundial de computadores (LEITE; LEMOS, 2014, p. 180).

Para a busca de uma melhor análise do regramento em estudo, é necessário estabelecer que o Marco Civil da Internet é dividido em 5 (cinco) capítulos: i) disposições preliminares; ii) dos direitos e garantias dos usuários; iii) da provisão de conexão e de aplicações de Internet; iv) da atuação do poder público; e v) disposições finais.

No que tange às Disposições Preliminares, sendo este o Capítulo I do Marco Civil da Internet, ficaram estabelecidos os Fundamentos do Marco Civil (art. 2º), os Princípios Fundamentais (art. 3º), os Objetivos da Regulamentação da Internet (art. 4º) e alguns elementos técnicos meramente conceituais (art. 5º), conforme a própria legislação em comento (BRASIL, 2014).

Quantos aos fundamentos trazidos no Marco Civil da Internet, aqueles cuidam de definir os elementos básicos responsáveis pela estrutura basilar em âmbito nacional referente ao uso da Internet, abarcando desde o respeito à liberdade de expressão e aos direitos humanos até o reconhecimento do caráter econômico e social da Internet, sempre em busca da proteção efetiva de seus usuários, os quais são a figura mais frágil na relação havida entre consumidor e fornecedores.

A seguir, o Marco Civil também se preocupou em definir seus princípios basilares para a utilização da Internet em território brasileiro, os quais encontram reflexo, também, na própria Constituição da República Federativa do Brasil, haja vista aquela legislação — Marco Civil — trazer diversos preceitos basilares, tais como: princípio da liberdade de expressão, princípio da proteção à privacidade, princípio da proteção da neutralidade da rede, princípio da liberdade dos modelos de negócios efetivados na própria Internet, entre diversos outros. É notório, ao analisar tais princípios, que todos são derivações dos mais importantes direitos fundamentais previstos

na Constituição vigente de 1988, os quais foram adaptados e moldados para o mundo digital contemporâneo (TEIXEIRA, 2022, p. 53).

Os objetivos do Marco Civil, dispostos no art. 4º, possuem o condão de garantir a promoção do direito de acesso à Internet, do acesso à informação, da inovação e da padronização tecnológica, a fim de evitar quaisquer embaraços e empecilhos para os usuários de Internet.

E, para uma melhor interpretação de todo o Marco Civil, esta norma cuidou de trazer seus principais conceitos, em seu art. 5º, com o objetivo de elucidar qualquer tipo de imprecisão ou ambiguidade na aplicação efetiva da Lei em comento, definindo o que é: internet, terminal, conexão à internet, aplicações de internet, assim como diversos outros termos técnicos do mundo digital (BRASIL, 2014).

Adiante, em seu Capítulo II, o Marco Civil trouxe diversos direitos e garantias para os usuários da Internet, os quais têm como anseio central a plena e segura utilização da Internet por todas as pessoas, sem qualquer tipo de receio no que tange à coleta e tratamento de dados de seus usuários, bem como a ratificação da defesa da liberdade de expressão e do direito à privacidade.

No Capítulo III, o Marco Civil abordou os deveres que os provedores de aplicações e de conexão à Internet possuem para com seus usuários, dispondo a respeito da neutralidade da rede, salientando o caráter isonômico que as empresas devem observar no fornecimento de Internet para seus usuários, assim como trazendo uma série de obrigações e observações no âmbito dos registros de Internet e as responsabilidades dos provedores de internet diante de conteúdos publicados por terceiros em seus sítios eletrônicos (BRASIL, 2014).

E, por fim, os Capítulos IV e V trazem uma lista de determinações a serem seguidas pelo Poder Público na seara da rede mundial de computadores, bem como algumas disposições especiais referente ao controle parental na utilização da Internet e ao exercício do direito de ação para que os usuários de Internet defendam seus interesses perante a justiça.

Dessa forma, de acordo com todo os aspectos legislativos abordados, assim foi realizada a divisão do Marco Civil da Internet, seguindo toda uma estrutura lógico-normativa, iniciando pela previsão dos direitos e garantias dos usuários da Internet, passando pelas responsabilidades e deveres dos provedores de conexão e de aplicações de Internet e, por último, dispondo sobre a atuação do Poder Público na Internet.

2 RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE ENTRE OS PROVEDORES DE CONEXÃO E DE APLICAÇÕES DE INTERNET E SEUS USUÁRIOS

No presente capítulo, serão analisadas as relações havidas entre os provedores de aplicações e de conexão à Internet para com seus respectivos usuários, no que tange à aplicação da legislação consumerista, cível e penal. E, finalmente, será feita uma abordagem por meio do direito comparado para averiguar como se dá a responsabilidade dos provedores em outros países, tais como os Estados Unidos da América, Itália, Alemanha e França.

2.1 A RELAÇÃO CONSUMERISTA: APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DE CONSUMIDOR EM ÂMBITO DIGITAL

Como já foi citado, resumidamente, no capítulo anterior, uma das legislações que podem ser aplicadas no âmbito da Internet é o Código de Defesa do Consumidor, seja na relação entre provedor de conexão e/ou de aplicações e usuário, seja entre os próprios usuários da Internet, quando nesta última relação ficar constatada a vulnerabilidade entre um usuário e o outro.

Nessa toada, é necessário demonstrar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações consumeristas, haja vista esta legislação ter sido criada para seu devido e fiel cumprimento quando for verificada a existência de uma figura dispare em relação a outra,

isto é, quando uma parte for vulnerável (o consumidor) diante da figura da empresa, sendo que esta última, em tese, possui mais meios de enfrentar o consumidor final, ocorrendo, ao final, uma extrema desigualdade (KHOURI, 2020, p. 49).

Com o anseio de equilibrar a relação havida entre o consumidor e o fornecedor de serviços, o legislador nacional se preocupou em criar a legislação consumerista, tendo em vista que esta foi, inclusive, outorgada pela própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XXXII (BRASIL, 1988).

No que se refere à proteção do consumidor e sua consequente vulnerabilidade, bem como o equilíbrio econômico e social perseguidos pela lei, assim leciona KHOURI (2020, p. 49):

> O objetivo do CDC, ao proteger o consumidor, não é a simples proteção pela proteção em si, mas a busca permanente do equilíbrio do contrato entre o consumidor e o fornecedor de bens e serviços. Esse, em princípio, o mais forte economicamente, e em condições de impor sua vontade, num ambiente propício à conquista de maior vantagem econômica contra aquele reconhecidamente vulnerável, o mais fraco dessa relação. O CDC nada mais é do que uma tentativa de reequilibrar essa relação, tendo em vista a posição econômica favorável do fornecedor; impondo-se a necessidade de um equilíbrio mínimo em todas as relações contratuais de consumo. Outorgam-se direitos aos consumidores e não aos fornecedores, porque há uma desigualdade flagrante nessa relação, que sempre favoreceu estes últimos. É uma forma de atingir a igualdade material, tratando desigualmente os naturalmente desiguais.

Nesse sentido, fica mais evidente que o conceito de consumidor abarca, também, os usuários de Internet, tendo em vista que, ao se analisar o contexto da relação entre os usuários e os provedores de conexão e/ou aplicações de internet, aqueles estão em uma situação

de extrema fragilidade e vulnerabilidade, não existindo margem para a não aplicação das regras estabelecidas pelo Direito do Consumidor nesse tipo de pacto.

Ressalta-se que, no tipo de relação em análise, existe, sim, a figura do consumidor, a qual se encontra perpetrada no próprio usuário de Internet, assim como há a gravura do fornecedor de serviços, sendo este último está representado pelo próprio provedor de aplicações de internet e/ou provedor de conexão à internet (VASCONCELOS, 2010, p. 283).

Ademais, a justiça brasileira não pode se furtar da aplicação das regras atinentes ao direito consumerista, haja vista que, sendo vislumbrada tal relação em qualquer tipo de meio na sociedade atual, independentemente de a relação advir do meio digital ou de um meio físico, devem-se ser observados todos os princípios consumeristas-constitucionais, pois

> [...] a maior desigualdade fática entre os envolvidos, em virtude da especificidade e da vulnerabilidade que decorrem do meio, deve ser intensificada a proteção do direito fundamental à defesa do consumidor, por meio dos direitos básicos consagrados no artigo 6º da Lei 8.078/90, em especial a vida, a saúde, a segurança (inciso I), a educação (inciso II), a informação (inciso III) e a efetiva prevenção e reparação de danos morais e materiais, individuais, coletivos e difusos (inciso VI). (MARTINS, 2021)

Ora, em que pese o meio de configuração da relação seja diverso daquele onde fora criado o Código de Defesa do Consumidor, isto é, uma relação mais voltada para o aspecto físico da coisa, já está pacificado no ordenamento jurídico brasileiro que, estando presentes os requisitos da relação de consumo, tem-se que o reconhecimento desta relação será realizado, bem como é inexorável a aplicação integral do direito do consumidor (MARTINS, 2021).

Seguindo essa linha de raciocínio aviltada anteriormente e reconhecendo a garantia constitucional dos direitos eivados, não excluindo de sua aplicação o âmbito digital,

> A insuficiência de uma regulação, em se tratando de relações de consumo cuja insegurança e risco avultam, diante de um meio eletrônico reconhecidamente passível de violação, por intermédio de uma rede aberta, como a Internet, agrava o quadro da vulnerabilidade do usuário-consumidor, tido como a mais frágil das partes envolvidas, diante do que não pode ser recusada aplicação às normas da Lei 8.078/90, erigidas ao status de garantia constitucional e princípio geral da ordem econômica, respectivamente, na forma dos arts. 5º, XXXII e 170, V, Constituição da República. (MARTINS, 2021)

Dessa forma, diante da previsão constitucional das garantias elencadas no Código de Defesa do Consumidor, resta devidamente demonstrado que inexiste óbice para sua aplicação na seara digital, haja vista seus requisitos serem plenamente possíveis de se configurarem nesse tipo de área da tecnologia da informação

Agora, feita essa breve análise, é necessário averiguar o tipo de responsabilidade havida entre cada tipo de relação, pois, dentre todas as existentes atualmente, para a verificação da responsabilidade, assim como a consequentemente indenização em favor daquele que foi prejudicado no caso concreto, é relevante sondar as seguintes relações: usuário e provedor de conexão à internet, e usuário e provedor de aplicações de internet.

A primeira relação consiste naquela pessoa que utiliza os serviços de internet prestados por alguma operadora de conexão à Internet, cujo objetivo seja a entrega e disponibilização de meios para que o usuário se conecte à rede mundial de computadores. Para melhor elucidação, por exemplo, essa relação é aquela em que um usuário contrata os serviços de conexão à Internet prestados pela TIM, Vivo

Fibra, Claro, Oi Fibra, entre outras provedoras de conexão (DUTRA; SILVA, 2016, p. 152).

Enquanto isso, a segunda relação se faz presente em um momento, geralmente, posterior à existência da primeira relação referenciada em parágrafo anterior, pois ela já dependerá de um prévio acesso à Internet para que tal relação se concretize. De todo modo, essa segunda relação restará configurada quando um usuário de Internet utiliza os serviços, gratuitamente ou não, prestados por algum provedor de aplicações de internet. Com o anseio de um melhor vislumbre do fato em referência, esse elo se completará quando alguém, já no efetivo uso dos serviços de conexão à Internet, usufrui, simultaneamente ou não, das seguintes aplicações: envio de mensagens eletrônicas por meio do *G-Mail*, busca de termos no sistema de pesquisas do *Google*, postagem de fotos na rede social *Facebook*, leitura de notícias no sítio eletrônico brasileiro G1, além de diversos outros exemplos do cotidiano digital (CEROY, 2014).

No que se refere à primeira relação (entre os usuários e provedores de conexão à internet), fica mais evidente a relação consumerista, pois o consumidor está a contratar, mediante remuneração, serviços atinentes ao fornecimento de acesso à internet.

Nesse sentido, assim leciona VASCONCELOS (2010, p. 281)

> [...] o provedor de acesso, por se caracterizar como fornecedor de serviço, segundo as regras do Código de Defesa do Consumidor, deve atender aos princípios e mandamentos ali enunciados. Dentre suas obrigações destaca-se a de permitir o acesso do consumidor à Internet, como também utilizar todos os recursos técnicos disponíveis e permitidos para que esse acesso seja de qualidade. Em caso de danos causados ao consumidor, deve ser responsabilizado pelos problemas ocorridos (art. 14, do CDC).

Então, seguindo o mesmo raciocínio esposado anteriormente, tem-se que o provedor de conexão à internet, diante da ocorrência de quaisquer empecilhos e entraves que interferirão no uso da internet pelo consumidor final, bem como após a verificação de danos causados ao usuário de internet em si, será chamado para ser responsabilizado por todos os danos ocasionados, independentemente da análise da culpa, haja vista que a responsabilidade do provedor de conexão à internet será objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, a seguir transcrito:

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

Todavia, já na seara dos contratos efetivados em âmbito digital entre os provedores de aplicações e seus respectivos usuários, inexiste óbice para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e, em caso de descumprimento dos ditames estabelecidos no pacto entre as partes, há de se aplicar, igualmente, a legislação consumerista, independentemente da empresa ter um estabelecimento físico ou não, posto que, vislumbrada a relação de consumo, não há que se falar em fuga da responsabilidade objetiva, pois, nas palavras de LIMBERGER e MORAES (2014, p. 263): "O fornecedor que organiza suas atividades empresariais pela Internet, deve propiciar um ambiente seguro e certificado, a fim de proteger todo o complexo que envolve a negociação e o trato eletrônicos.".

No que diz respeito à responsabilidade dos donos de sítios eletrônicos que divulgam produtos por meios digitais, isto é, dos provedores de aplicações de internet, sua respectiva diretiva consumerista subsistirá, tendo em vista que, em que pese aquela não

seja a responsável final pela confecção e entrega do produto, o próprio consumidor consignou sua plena confiança na divulgação perpetrada pelo anunciante.

Dessa forma,

> A responsabilização dos sites também se justifica, na medida em que, muitas vezes, é difícil para o consumidor identificar a empresa que deveria entregar o produto ou serviço, por não haver uma relação direta com o consumidor. Ao adquirir determinado produto ou serviço, por certo, a confiança é depositada na credibilidade da empresa que divulga a promoção. Por isso, o consumidor não pode ficar desamparado. E é justamente nesse sentido que atua o CDC, reconhecendo a vulnerabilidade e responsabilizando todos os que participaram da cadeia produtiva. (LIMBERGER e MORAES, 2014, p. 263)

No mesmo seguimento, ao abordar a aplicação do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor no anseio de responsabilizar os provedores de internet, assim leciona LIMA (2015, p. 165):

> No que diz respeito a esta pesquisa, destaca-se a hipótese legal de responsabilidade objetiva prevista no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor haja vista o fato de que as relações jurídicas entre os provedores e os usuários geralmente serão relações de consumo. Em outras palavras, o fornecedor de produtos e de serviços respondem independentemente de culpa nos termos da lei. Neste sentido, como adiante se esclarece, não há dúvida de que haverá uma relação de consumo entre os provedores e o usuário destas ferramentas e serviços na medida em que a remuneração é indireta através da publicidade e do manejo dos dados pessoais dos usuários, a depender

> do elemento teleológico que caracteriza consumidor como o "destinatário final".

Ademais, juntamente com a responsabilidade dos provedores de aplicações de Internet para com seus consumidores finais, e, consequentemente, a aplicação do regramento consumerista, os referidos provedores também observar, sem quaisquer ressalvas, o Decreto nº 7.692/2013, o qual fora criado com objetivo de regulamentar todos os contratos de consumo pactuados no âmbito digital, na tentativa de perfazer uma maior segurança para os consumidores que realizam os diversos contratos por meios eletrônicos, em razão da evolução tecnológica que atingiu, também, os referidos consensos digitais.

O Decreto em comento, ao regulamentar os contratos em comércios eletrônicos, elencou diversos dispositivos no sentido de reforçar e especificar o direito à informação, ao acesso de todas as características dos produtos e aos riscos que detenham, conforme bem salienta LIMBERGER e MORAES (2014, p. 263), no excerto a seguir devidamente reproduzido:

> A par das exigências apontadas pelo Dec. 7.962/2013, o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, qualidade, características, composição e preço, bem como sobre os riscos, que apresentem é direito básico do consumidor previsto no art. 6.º do CDC.

Entretanto, ainda que o Decreto nº 7.962/2013 regulamente a modalidade de contrato de comércio eletrônico, tal disposição ainda é exígua para uma maior clareza e efetiva proteção dos consumidores, carecendo essa seara de um instrumento normativo mais específico e eficaz, tendo em vista que

> Em que pese os importantes avanços trazidos com a edição do Dec. 7.962/2013, no sentido de contribuir para uma maior segurança das relações estabelecidas no e-commerce, a renovação do direito do consumidor no País vem sendo objeto de amplo debate com a sociedade e órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.
>
> A edição do CDC trouxe grandes avanços, sendo, aos poucos, direcionado para uma nova fronteira, qual seja, o contexto da comunicação virtual, tendo o contrato eletrônico como instrumento jurídico pelo qual se realizam transações comerciais no ciberespaço. (LIMBERGER e MORAES, 2014, 266-267)

Dessa forma, é notório que, na relação havida entre os usuários de internet e os provedores, mais especificamente os provedores de aplicações de internet e de conexão à internet, deve-se observar, em sua íntegra, o Código de Defesa de Consumidor, pois, preenchidos os pressupostos para uma relação de consumo, não pairam dúvidas de que a legislação consumerista há de ser devidamente aplicada, responsabilizando todos os envolvidos na cadeia de consumo de forma solidária e objetiva.

2.2 APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL NA RELAÇÃO ENTRE PROVEDORES E USUÁRIOS ANTES DO MARCO CIVIL DA INTERNET

No âmbito da responsabilização dos variados provedores de internet, tem-se que a inovação trazida pelo Marco Civil da Internet restou por afastar a aplicação do Código Civil na relação existente entre provedores de internet e seus usuários, tendo em vista que o Marco Civil regulamentou, de forma extremamente específica, a responsabilidade diante de conteúdos publicados por terceiros.

Ocorre que, em que pese a aplicação do Código Civil não seja mais um instituto presente frente à responsabilidade dos provedores

de internet para com seus usuários, é necessário rememorar como que se dava tal responsabilidade, em um momento onde reinava a ausência de uma legislação específica concernente ao âmbito digital.

Como de praxe, no ordenamento jurídico brasileiro existem diversos tipos de responsabilidades, porém, para fins do presente trabalho, as de maior importância são as seguintes: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

Na primeira modalidade de responsabilidade, estarão, necessariamente, presentes, cumulativamente, os requisitos da conduta (ação ou omissão praticada pelo agente), culpa, dano (o prejuízo em si) e nexo de causalidade (relação entre o dano ocorrido e a conduta praticada pelo agente), aplicando-se o disposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil (BRASIL, 2002). Diante da observância de todos os requisitos elencados, aquele causou o dano será chamado para se responsabilizar perante a pessoa que foi desfavorecida, devendo reparar todo o prejuízo causado à pessoa. Não obstante, é imperioso relembrar que a responsabilidade subjetiva é a regra geral constante do Código Civil, ou seja, caso não haja um regramento específico sustentando uma situação em abstrato, aplica-se, sem quaisquer dúvidas, o instituto da responsabilidade civil subjetiva (LIMA, 2015, p. 161).

Além da própria responsabilidade civil subjetiva como um regramento geral, também existe a responsabilidade em outras situações previstas na legislação, tais como a culpa presumida, a responsabilidade independentemente da culpa e a responsabilidade objetiva, as quais estão devidamente abordadas a seguir:

> Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro configura-se pela regra geral da responsabilização subjetiva (art. 186), tendo como pressuposto a ocorrência de um ato ilícito como o era na vigência do CC/16. Mas há hipóteses em que excetua essa regra, quais sejam: 1) culpa presumida: art. 936 – do dono do animal; art. 937 – do dono do edifício; e

> art. 938 – do habitante da casa; 2) responsabilidade independentemente de culpa: art. 927, parágrafo único – atividade potencialmente perigosa; art. 933 – pais, tutores, curadores e patrões; e art. 1.299 – responsabilidade decorrente do direito de vizinhança; e 3) responsabilidade objetiva: leis esparsas – Código brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86), Lei relativa a atividades nucleares (Lei n. 6.453/77), CDC (responsabilidade objetiva do fornecedor), a Lei de Acidentes do Trabalho, etc. (LIMA, 2015, p. 161)

Em sentido oposto, a responsabilidade civil objetiva possui como requisito apenas três daqueles existentes na responsabilidade civil subjetiva, ou seja, para se configurar a existência da responsabilidade civil objetiva, necessária é a configuração da conduta (ação ou omissão), dano e nexo de causalidade (relação entre o dano e a conduta), carecendo de qualquer tipo de culpa.

No que tange a ambos os tipos de responsabilidade, assim pontifica LIMA (2015, p. 161-162):

> Os pressupostos da responsabilidade civil foram amplamente desenvolvidos pela doutrina, quais sejam, a depender da categoria de responsabilidade civil: 1) responsabilidade civil objetiva: risco ou fundamento legal da responsabilidade objetiva da conduta, dano e nexo causal; 2) responsabilidade civil subjetiva: conduta (ação ou omissão), culpa, dano e nexo causal.

Nessa toada, ao adentrar no mundo digital e aplicar os institutos do Código Civil nas relações entre provedores e usuários de Internet, até o advento do Marco Civil da Internet existiam três correntes no sentido de responsabilizar os provedores de internet por conteúdos publicados por terceiros em suas plataformas.

Segundo a primeira corrente,

> [...] o provedor não responde pelos atos de seus usuários. Tal posicionamento encontra respaldo em decisões que identificam a figura do provedor como mero intermediário entre o usuário que causou a ofensa e a vítima do dano. Como não haveria conduta do provedor, não estaríamos diante de responsabilidade deste pela conduta de outrem, cabendo ao provedor apenas colaborar com a vítima para a identificação do agente causador do dano. (ZANINI, 2018, p. 690)

Com base nessa primeira corrente, o provedor, seja o de aplicações ou de conexão à internet, não responde, em nenhuma hipótese, por condutas praticadas por qualquer pessoa que esteja a utilizar sua plataforma, pois o provedor estaria apenas a fornecer um suporte para que terceiros realizem publicações em seu sítio eletrônico, não havendo que se falar em sua responsabilidade diante de práticas alheias.

Em sentido oposto, a segunda corrente defende que a responsabilidade civil do provedor

> [...] considera existir responsabilidade objetiva do provedor, não havendo que se falar na necessidade da existência do elemento culpa, o que poderia ser fundamentado no conceito de risco da atividade desenvolvida (art. 927, parágrafo único do Código Civil) ou no de defeito da prestação do serviço em uma relação de consumo. (ZANINI, 2018, p. 690)

Ou seja, com lastro no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, existia um entendimento consubstanciado em uma suposta atividade de risco empregada pelos provedores de internet, assim como tal corrente aduzia que os atos lesivos praticados por terceiros seriam um defeito da relação de consumo, aplicando-se, a depender do caso, o Código de Defesa do Consumidor.

Adiante, a terceira corrente trazia um elemento ignorado pelas outras duas correntes acima elencadas: a culpa.

De mais a mais, ao trazer o elemento da culpa, a terceira corrente é clara ao estabelecer uma espécie de responsabilidade subjetiva às relações havidas entre o provedor de internet e seus usuários, diante de conteúdos publicados por terceiros em suas plataformas, haja vista que essa

> [...] responsabilidade dos provedores somente terá lugar se ocorrer alguma modalidade de culpa. Partindo desse ponto de vista, existem aqueles que entendem já existir a responsabilidade após o provedor ter tomado ciência do conteúdo lesivo e não ter tomado providências para sua retirada. Outros aduzem que o provedor somente poderá ser responsabilizado em caso de não cumprimento de decisão judicial determinando a retirada do material ofensivo da internet. (ZANINI, 2018, p. 690)

Conforme visto acima, a terceira corrente ainda se ramifica em duas, pois, a depender do momento, aplicar-se-á um tipo de responsabilização, posto que algumas pessoas defendiam que o provedor seria responsabilizado a partir do momento que tomasse conhecimento dos conteúdos lesivos publicados por seus usuários, enquanto uma parte alegava que o provedor apenas seria chamado para reparar o dano caso ficasse inerte diante de uma decisão judicial que lhe ordenasse a retirada imediata do conteúdo (ZANINI, 2018, p. 690).

Assim, essa terceira corrente se utilizava, basicamente, de uma aplicação dos artigos 186 e 927 do Código Civil, pois exigia a configuração de culpa por parte do provedor de internet, sendo que essa referida culpa ainda dependeria da averiguação de seu momento, o que ensejava um reconhecimento normativo sobre o tema ou, ao menos, uma consolidação jurisprudencial.

Foi nesse sentido que atuou o Superior Tribunal de Justiça, ao pacificar que o provedor de aplicações seria devidamente responsabilizado a partir do momento em que fosse notificado do conteúdo eivado de ilegalidade, isto é, estabeleceu-se, basicamente, uma espécie de *notice and takedown*, pois bastaria que o usuário reputado afetado pelo conteúdo notificasse o provedor, e, diante dessa notificação, se ele se mantivesse na inércia e não removesse a publicação em discussão, seria convocado para se responsabilizar pelos danos causados ao usuário notificador.

Nessa esteira, assim leciona ZANINI (2018, p. 692):

> Ademais, houve uma estabilização da jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, a partir do momento em que o provedor tomasse conhecimento da existência de conteúdo ilegal, deveria promover a sua remoção imediata, senão poderia ser responsabilizado pelos danos daí decorrentes. É dizer: a simples notificação de conteúdo inadequado apontada por usuários seria suficiente, em quaisquer casos, para a responsabilização do provedor. E, em função dessa responsabilidade, deveria o provedor dispor de meios que permitissem a identificação dos usuários, de forma a coibir o anonimato, sob pena de ser responsabilizado subjetivamente por culpa *in omittendo*.

Essa última corrente acabou, por fim, sendo a adotada pelo Marco Civil da Internet, a qual será devidamente abordada em tópico específico para uma melhor elucidação a respeito da responsabilidade civil que as provedoras possuem diante de seus respectivos usuários, como ser visto no artigo 19 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014).

Não obstante, é imperioso salientar que, em que pese o Código Civil não seja mais a regra para aplicar a responsabilização dos provedores de internet por conteúdos publicados por terceiros, tal

regramento ainda é passível de aplicação no ordenamento jurídico pátrio, pois o Superior Tribunal de Justiça entende que, na constatação de fatos que ocorreram antes da vigência do Marco Civil da Internet, deve-se aplicar o *Codex* Civil Material, tendo em vista que a

> jurisprudência consolidada do STJ, invocando a Súmula 83, em oposição ao atual texto normativo do MCI (art. 19), entende que a notificação extrajudicial com conhecimento inequívoco é o bastante para obrigar o provedor de conteúdo a suspender, em 24 horas, o conteúdo reputado ilícito. Essa orientação tem sido seguida mesmo após a vigência do MCI. No Caso Rubens Barrichello (STJ, REsp 1.337.990, 3.ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21.08.2014, DJe 30.09.2014), a Corte afirmou que "os fatos ocorreram em 2006, bem antes da entrada em vigor da Lei 12.965, de 23.04.2014, conhecida como Marco Civil da Internet", e advertiu-se que não seriam aplicadas as novas regras dessa lei, e sim "à luz das regras vigentes na época dos fatos, conforme a interpretação insculpida pela jurisprudência desta Corte, analisando os diplomas legais incidentes sobre a relação jurídica estabelecida entre as partes". (CRUZ; COSTA; ARAÚJO, 2015, p. 195)

Nesse seguimento, fica devidamente vislumbrado que o Código Civil não há de ser mais aplicado no âmbito da responsabilização entre os provedores de internet e seus usuários, haja vista existir, atualmente regramento normativo específico que regulamente tal modalidade de incumbência em desfavor dos provedores, mais especificamente o próprio Marco Civil da Internet. O Código Civil apenas cuidará de ser aplicado quando os fatos ocorridos à luz do caso concreto tiverem acontecido na vigência do Marco Civil da Internet, conforme entendimento esposado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

2.3 RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DOS PROVEDORES E DE SEUS USUÁRIOS

À par da responsabilização civil dos provedores de internet frente a seus respectivos usuários, haja vista esse tipo de âmbito cível ser o foco do Marco Civil da Internet, inexistem, infelizmente, mecanismos que tenham o condão de responsabilizar penalmente os provedores de internet no que se refere aos atos praticados por seus usuários, seguida por uma conduta inerte perpetrada pelo próprio provedor de internet.

A responsabilidade aludida pelo Marco Civil da Internet, dessa forma, até o presente momento e sem quaisquer previsões para eventuais alterações, será plenamente civil, carecendo o sistema jurídico brasileiro de um conjunto de regras que tenham o objetivo de responsabilizar penalmente os provedores que, de alguma forma, pratiquem condutas lesivas aos seus usuários de internet (MUÑOZ, 2014, p. 96).

Seguindo essa toada no que diz respeito à configuração de responsabilidade restrita em âmbito cível, bem como aos casos excepcionais que fogem à regra da necessidade do respeito aos ditames do artigo 19 do Marco Civil da Internet, assim pontifica MUÑOZ (2014, p. 96):

> Além disso, o que se mostra ainda mais despropositado é ver que o legislador brasileiro tenha se empenhado em deixar claro que a exceção de responsabilidade prevista no art. 19 só será aplicável no âmbito civil e, inclusive, afirmado que essa exceção nem sequer nesse âmbito irá reger de forma completa, prevendo, por exemplo, que nos casos em que for atingida a intimidade pela divulgação de conteúdos de caráter sexual pertencentes à vida privada da pessoa afetada, não será necessária a declaração judicial ou administrativa à qual faz referência o art. 19 para poder atribuir aos provedores responsabilidade pela sua divulgação, bastando a comunicação da pessoa

> afetada ou de seu representante (art. 21); ou ao prever, por outra parte, a possibilidade de criar exceções à exigência geral de emissão da ordem judicial em relação aos casos nos quais a divulgação do conteúdo em questão afete aos direitos do autor (art. 19 § 2º) ou à honra (art. 19 § 3º).

Ademais, ao restringir a responsabilidade dos provedores de internet somente em âmbito cível, lastreada no artigo 19 supracitado, o legislador brasileiro culminou em excluir,

> [...] sem dúvida, sua aplicabilidade ao âmbito penal, deixando esse ramo do Direito órfão de uma regulamentação que traga segurança jurídica e proteção aos provedores no exercício das suas funções, que os permita desempenhar um serviço essencial que deve ser realizado para garantir que os cidadãos possam exercer livremente e sem censura seus direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação.
> São múltiplas, portanto, as questões e temas controvertidos que o legislador brasileiro ainda haverá que responder para conseguir regulamentar de forma adequada e proporcionada um problema tão complexo, como também o são aqueles que os reguladores europeus devem solucionar.

Em sentido oposto, diante dessa lacuna legislativa, foram criados alguns projetos de lei com o anseio de regulamentar a responsabilidade penal dos provedores de internet, tal qual a responsabilidade designada para as pessoas jurídicas na seara ambiental, todavia, tais projetos não ganharam corpo e motivação para seguirem à aprovação (ALVARES; NOVAIS, 2015).

No que tange aos projetos de lei que tentaram regulamentar a responsabilidade dos provedores na seara criminal, existem dois que

abordaram aspectos diversos da punição penal da pessoa jurídica: Projeto de Lei nº 741/2015 e Projeto de Lei nº 11.252/2018.

O Projeto de Lei nº 741/2015 visava punir os provedores de internet que, ao serem notificados judicialmente para fornecerem registros de conexão ou registros de acesso envolvendo pornografia infantil, se mantivessem na inércia, descumprindo a ordem judicial determinada pela autoridade. Esse projeto em análise modificaria o artigo 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluindo a omissão do provedor, em seu parágrafo 1º, inciso I, como uma prática delituosa.

Em outro sentido mais amplo que o primeiro projeto, o Projeto de Lei nº 11.252/2018 também objetivava punir os provedores de internet que deixassem de realizar alguns atos após uma ordem judicial, bem como se omitissem diante de evidentes crimes praticados por seus usuários em sua plataforma (BRASIL, 2018).

Diferentemente do primeiro projeto, este último tinha o objetivo de criar uma nova lei em específico, isto é, não modificava leis já existentes. Os atos tipificados pelo legislador seriam os seguintes: a) deixar de fornecer registros de conexão e de acesso, após determinação judicial; b) deixar de retirar conteúdo em prazo fixado, após ordem judicial; c) deixar de comunicar, à autoridade policial ou ao Ministério Público, notícia evidente de crime praticado por usuário. Não obstante, também previa uma multa no patamar entre R$ 10.000,00 e R$ 1.000.000,00.

Contudo, como já bem salientado, nenhum dos projetos em discussão seguiu em frente.

Atualmente, a responsabilidade penal específica na seara digital apenas se dá quando da prática de delitos pelos próprios usuários de Internet, não envolvendo o provedor de internet em si, isentando este de responsabilidade criminal. Além da possibilidade de adaptação e aplicação de alguns dispositivos do Código Penal em âmbito digital para punir seus usuários, a Lei nº 12.737/2012 previu os seguintes atos como condutas delituosas: invasão de dispositivo informático, interrupções

de serviços digitais, falsificação de documentos, falsificação de cartões e obtenção indevida de dados.

Portanto, até que venha um regramento normativo específico sobre o tema penal para sanção de condutas praticas pelos provedores de internet, estes restarão isentos de qualquer tipo de responsabilização penal, sendo possível, e tão-somente, a sanção penal dos usuários das plataformas digitais.

2.4 RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE INTERNET E DE APLICAÇÃO EM OUTROS PAÍSES

Para finalizar o presente capítulo, será feita, para efeitos de averiguação no âmbito do direito comparado, uma análise das legislações pertinentes ao tema responsabilidade cível dos provedores da Internet em outras nações, sendo tal medida de extremada relevância para vislumbrar como está a funcionar a responsabilidade em alguns países, e como o Brasil pode se inspirar neles para alterar seus regramentos relativos à responsabilidade dos provedores de Internet.

2.4.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A responsabilidade civil dos provedores de Internet em território norte-americano, ainda que tenha um tratamento parecido com o que recebeu o Brasil no Marco Civil da Internet, já possui uma longa discussão há décadas, isto é, o debate nos Estados Unidos está bem a frente do que aquele que está a ocorrer no Brasil, principalmente no que se refere às *fake news* e à liberdade de expressão.

Ademais, é de extrema relevância analisar a legislação oriunda dos Estados Unidos a respeito da responsabilidade dos provedores de Internet, pois forte é a inspiração nesse regramento pelo Marco Civil da Internet, haja vista que a

> [...] análise do sistema jurídico de responsabilidade dos provedores de Internet dos Estados Unidos, estabelecido principalmente pelo artigo 230, do "Communications Act of 1934. 'Communications Decency Act'", em sua atual redação conferida em 1996, mas também por outras leis e pela jurisprudência, é de suma relevância para melhor compreender o tipo de normatização aparentemente encampada pelo Brasil no Marco Civil da Internet, pois, nesse tema específico, inspira-se inequivocamente no modelo estadunidense. (BIOLCATI, 2022)

Nesse aspecto, o regramento estabelecido pelos Estados Unidos concernente à responsabilidade civil dos provedores de Internet está devidamente previsto no *Communications Decency Act* (CDA), mais precisamente em seu artigo 230 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1996), o qual dispõe sobre o tratamento especial dirigido aos provedores de Internet, assim como a imunidade conferida a eles para retirar ou remover qualquer conteúdo de terceiros em suas plataformas, sem a necessidade de se responsabilizarem por eventuais danos (BIOLCATI, 2022).

No que diz respeito ao tratamento conferido pela legislação norte-americana aos provedores de Internet esposado acima, assim positiva o artigo 230, em sua Seção (c) (1):

> Ato do Decoro nas Comunicações
> (c) Proteção ao "Bom Samaritano" por bloqueio e remoção de materiais ofensivos
> (1) Tratamento do editor ou distribuidor
> Nenhum provedor de internet ou usuário de um serviço de computador interativo será tratado como um editor ou distribuidor de qualquer informação realizada por outro provedor de conteúdo informativo. (tradução nossa)

Nessa linha, o dispositivo em comento determina, expressamente, que os provedores de Internet não serão equiparados aos editores dos conteúdos publicados em suas plataformas digitais. Ou seja, como não podem ser equiparados aos detentores dos conteúdos publicados por terceiros, a lógica gramatical é a de que não deverão ser responsabilizados como tais (BIOLCATI, 2022).

A seguir, a Seção (c) (2) do *Communications Decency Act* está devidamente reproduzida, a qual legisla sobre a imunidade concedida aos provedores de Internet quando decidirem, por vontade própria, pela retirada de conteúdos publicados por terceiros em suas plataformas:

> Ato do Decoro nas Comunicações
> (c) Proteção ao "Bom Samaritano" por bloqueio e remoção de materiais ofensivos
> (2) Responsabilidade civil
> Nenhum provedor de Internet ou usuário de um serviço de computador interativo será responsabilizado em razão de—
> (A) qualquer ação tomada voluntariamente de boa-fé para restringir o acesso ou a disponibilização de material que o provedor ou usuário considere obsceno, sexual, lascivo, chocante, excessivamente violento, assediador, ou censurável de qualquer outra forma, independentemente do material ser ou não protegido constitucionalmente; ou
> (B) qualquer ação tomada para permitir ou tornar disponível aos provedores de conteúdo de informação, ou outros, os recursos técnicos para restringir o acesso aos materiais descritos no parágrafo 1º.(tradução nossa)

Como pode ser visto no dispositivo acima devidamente elencado, os provedores de Internet em nenhum momento serão responsabilizados quando decidirem, por si, remover ou tornar

indisponível qualquer conteúdo que eles julguem impróprio para permanecer em sua plataforma.

Não obstante, o conjunto regulatório acima reproduzido, abarcando tanto a Seção (c) (1) como a Seção (c) (2),

> apenas determina a impossibilidade de imputar a um provedor conteúdo produzido por outro e a ausência de sanções para os provedores, caso tenham atuado no sentido de remover ou tornar indisponível conteúdo o qual acreditem, de boa-fé, ser ilícito ou ofensivo a alguém.
> Não há isenção de responsabilidade ampliada a qualquer caso de material produzido ou compartilhado por terceiros, especialmente usuários. (BIOLCATI, 2022)

Ora, em que pese, seguindo a literalidade da legislação em tela, não seja possível determinar, sem quaisquer ressalvas, que a lei conferiu aos provedores de Internet uma espécie de isenção ou imunidade quanto à sua responsabilidade, a jurisprudência norte-americana caminha no sentido de interpretar tal dispositivo com o objetivo de destacar uma verdadeira imunidade legislativa aos provedores de Internet.

Corroborando essa linha argumentativa, assim leciona BIOLCATI (2022):

> Apesar disso, a Jurisprudência, a partir do caso "Zeran x American Online", um dos primeiros a ser apreciado sob a égide do artigo 230, interpretou essa norma de maneira diversa, no sentido do estabelecimento de imunidade irrestrita aos provedores de Internet. Contrariamente ao entendimento consolidado no âmbito "offline", os provedores foram afastados de qualquer responsabilidade por materiais ofensivos de terceiros compartilhados nas suas plataformas,

> como editores ou distribuidores, mesmo que não tenham corretamente removido o conteúdo após serem cientificados sobre a ilicitude ou acerca do caráter prejudicial. Para tal fim, não importa se os provedores exerçam controle editorial, pois, em qualquer caso, estarão isentos de responsabilidade.

Uma das justificativas desse reconhecimento da imunidade aos provedores de Internet referente aos conteúdos publicados por terceiros, ainda que ofensivos, está alicerçada em um dos princípios básicos no qual fora construída a sociedade norte-americana: a liberdade de expressão, tanto do provedor de Internet quanto do usuário.

Nesses termos:

> O objetivo declarado pelo Congresso, porém, foi de que a norma introduzida visava a incentivar a ampliação da Internet, baseada na visão tratada sobre a necessidade de preservação da liberdade de expressão, bem como promover a entrada de novos prestadores de serviços e a consolidação do ambiente de livre mercado que se desenhava. (BIOLCATI, 2022)

Nessa toada, caso o provedor fosse responsabilizado por todos os conteúdos publicados em sua respectiva plataforma, aquele agiria sempre no sentido de remover todos os materiais, sempre que ocorresse, mesmo que deveras diminuta, a suspeita de que o conteúdo publicado ferisse algum preceito normativo que ensejasse a responsabilidade civil. Sendo assim, ocorreria um verdadeiro ferimento à liberdade de expressão de seus usuários, pois estes sempre teriam seus conteúdos retirados na menor das suspeitas, o que poderia, inclusive, inviabilizar a atividade empresária do provedor (BIOLCATI, 2022).

O direito norte-americano, quanto à responsabilidade dos provedores de Internet, não se limita somente ao regramento acima

discutido, possuindo, também, o *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), famoso por ser bastante utilizado na plataforma *YouTube* para a remoção de vídeos que contenham títulos ou músicas imbuídas de propriedade intelectual, a pedido do próprio detentor dos direitos concernentes ao material publicado no sítio eletrônico.

No que tange ao funcionamento sistemático do DMCA, ele ocorre da seguinte maneira:

> [...] recebida a notificação pelo provedor, deve remover ou tornar inacessível o material prontamente, caso contrário poderá ser responsabilizado. Ato contínuo, necessário que haja a pronta notificação do suposto infrator e, caso esse realize contranotificação, o provedor deve dar ciência ao reclamante. Nesse caso, se o alegado titular do direito de propriedade intelectual violado não promover ação judicial no prazo de 14 dias úteis, o provedor há de restabelecer o acesso ao material. (BIOLCATI, 2022)

Para mais, o regime instaurado pelo DMCA traduz um verdadeiro equilíbrio entre a imunidade integral aos provedores de Internet e a responsabilidade objetiva pelos conteúdos publicados por terceiros, tendo em vista que o detentor do conteúdo realizará uma requisição ao provedor para que o conteúdo seja removido. Após esse requerimento, aquele que publicou o material será notificado para responder (BIOLCATI, 2022).

Nesse sentido, o que se observa no DMCA é uma relação integrativa entre o provedor de Internet e o usuário de Internet, pois seu conteúdo não será derrubado imediatamente e indefinidamente, bem como poderá manejar defesa para buscar a manutenção do material na plataforma da provedora, e em "caso de decisão judicial negando o direito do reclamante, esse responderá pelos danos ocasionados pela errônea reclamação." (BIOLCATI, 2022).

Portanto, diante de todo o exposto, é possível verificar que o sistema de responsabilidade dos provedores de Internet nos Estados Unidos da América concede uma cristalina imunidade, devendo aqueles que alegarem qualquer tipo de lesão recorrerem para a responsabilização do usuário que efetivamente publicou o conteúdo, não havendo que se falar na responsabilização dos provedores pelos materiais publicados.

2.4.2 ITÁLIA

Em território italiano, o ordenamento jurídico resolveu, em 2003, regulamentar o regramento estabelecido pela União Europeia, no sentido de responsabilizar os provedores de Internet no que tange aos conteúdos publicados por terceiros, sendo certo que na "Itália, o Decreto Legislativo nº 70/2003 regulamenta, em âmbito interno, a Diretiva da União Europeia" (BIOLCATI, 2022).

Quanto ao armazenamento não temporário de dados por parte dos provedores de Internet, a legislação italiana entendeu por bem afastar

> a responsabilidade, caso o provedor não tenha conhecimento da ilicitude do conteúdo ou não seja manifesta a ilegalidade, de acordo com as circunstâncias concretas, bem como tendo ciência da ilicitude ou mediante comunicação da autoridade competente, atue prontamente para remover o material ou desabilitar o acesso a ele, conforme o artigo 16. (BIOLCATI, 2022)

Nessa toada, o provedor de Internet, sob o crivo do ordenamento jurídico italiano, a partir do momento em que tomar conhecimento do material ilegal ou receber uma notificação para remover o conteúdo reputado ilícito, deverá proceder no caminho de remover ou tornar indisponível, imediatamente, o material, sob pena de responsabilidade

do provedor de Internet. Em outras situações, quando a ilicitude do conteúdo publicado não for manifesta, o provedor terá sua responsabilidade devidamente afastada, nos termos do próprio artigo 16 do Decreto Legislativo nº 70/2003.

Certo é que a responsabilidade do provedor de Internet na Itália não se limita ao dever de remover o conteúdo ilegal nas hipóteses elencadas em lei, haja vista que a legislação italiana também prevê um verdadeiro dever de constante vigilância de todas as ocorrências em sua plataforma, cabendo ao provedor de Internet sempre atuar no sentido de informar às autoridades quando verificar um incidente de publicação de conteúdo ilegal, conforme bem relembra BIOLCATI (2022):

> O artigo 17 preconiza a inexistência de uma obrigação de vigilância, mas estabelece aos provedores o dever de comunicar as autoridades competentes, caso tenham ciência de conteúdos ilícitos no âmbito da rede, e de fornecer os dados de identificação de seus usuários para fins de reprimir ou prevenir uma atividade ilegal, respondendo civilmente pelo descumprimento desses encargos.

Nesse sentido, caso os provedores, ao vislumbrarem os conteúdos ditos ilegais, permanecerem inertes e não comunicarem às autoridades competentes, deverão ser civilmente responsabilizados em razão da transgressão aos ditames do artigo 17 do Decreto Legislativo nº 70/2003.

Desse modo, tem-se que o ordenamento jurídico italiano seguiu à risca a Diretiva da União Europeia referente à responsabilidade dos provedores de Internet, atribuindo a estes um certo equilíbrio entre o dever de vigilância ativa e sua responsabilidade subjetiva quanto aos conteúdos em si publicados por terceiros.

2.4.3 ALEMANHA

A Alemanha, no ano de 1997, criou uma lei chamada, popularmente, de *Teledientegesetz* (TDG), que possuía o condão de responsabilizar os provedores que armazenavam dados de seus usuários em âmbito digital, isto é, mais especificamente, a partir do instante que verificassem a publicação de materiais ilegais em suas plataformas e, em seguida, se mantivessem na inércia e não comunicassem às autoridades e/ou efetivassem medidas para contornar a situação, conforme o excerto a seguir:

> Na legislação anterior, Teledientegesetz, TDG, vigente a partir de 1997, a responsabilidade dos provedores de Internet de armazenamento de dados, em que se enquadra a atividade dos provedores de redes sociais, estava ligada ao conhecimento de evidentes ilicitudes e falta de adoção de medidas adequadas para tratamento da questão, ausente qualquer obrigação de monitoramento, conforme o seu artigo 5º, aliás, em consonância com a Diretiva de Comércio Eletrônico 2000/31, da União Europeia. (BIOLCATI, 2022)

Além disso, com base na própria TDG, não competia ao provedor exercer o dever de vigilância, diferentemente do regramento contido no direito italiano, já visto em momento oportuno para tanto.

Sendo assim, em 2007, foi revogada a TDG, entrando em sequência a *Telemediengesetz* (TMG), que acabou por manter a responsabilidade civil do provedor de Internet. Em que pese a legislação, nesse momento, não realizasse uma previsão referente à omissão no que concerne à proteção dos direitos da personalidade do indivíduo afetado pela lesão praticada por terceiros,

> a jurisprudência no país evoluiu no sentido de uma crescente responsabilização dos provedores em razão

> da omissão em removerem conteúdos quando tivesse havido a prática de ilícitos comprovados e danos a terceiros, especialmente vinculados a direitos da personalidade, após a notificação do usuário atingido. (BIOLCATI, 2022)

Em 2017, o Parlamento Alemão aprovou a *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG), entrando em vigor em 2018, onde o objetivo era que os provedores de Internet realizassem o controle dos conteúdos publicados em suas plataformas, mais precisamente conteúdos referentes a crimes, como bem leciona BIOLCATI (2022):

> Nesse contexto é que o "NetzDG" estabelece novas orientações para o controle de conteúdos ofensivos, desde que o material se refira a determinadas práticas tipificadas penalmente, como, por exemplo, disseminação de propaganda de organizações vetadas constitucionalmente, manipulação de dados fatuais com risco à segurança nacional, incitação ao ódio, disseminação de violência, formação de organização terrorista, aquisição, armazenamento ou distribuição de pornografia infantil, difamação (ofensas à honra em geral), discriminação religiosa com distúrbio à paz social, falsificação de dados para produzir prova processual.

Ademais, quanto às transgressões às honras dos indivíduos praticados por usuários de Internet, a "Lei Fundamental Alemã, em seu artigo 5º, imuniza o autor das alegadas ofensas quando provenientes de mera opinião, exceto na hipótese restrita de dolo de ofender por parte do agente" (BIOLCATI, 2022).

Todavia, existem, também, os casos em que os usuários reportem informações factuais, o que enseja, em sentido inverso, a necessidade daquele que foi ofendido comprovar que os fatos alegados pelo usuário careçam de veracidade, o que importa em uma maior segurança para

os próprios provedores de Internet e uma proteção ao princípio da liberdade de expressão, desde que a discussão seja concernente a fatos, e não opiniões.

Nessa toada, no que diz respeito às informações relatadas e tidas como fatos pela sociedade:

> No caso das afirmações fatuais, a responsabilidade depende da prova, pelo ofendido, de sua falsidade, sendo legítimo ao suposto ofensor se eximir da responsabilidade, caso comprove ter procedido a uma investigação séria sobre o tema antes da publicação. Esses critérios, assim, servem como pontos de segurança para os provedores de Internet quanto à decisão pela remoção ou não de um determinado conteúdo e diminuem o risco de remoção de conteúdos lícitos e que representem mera crítica. (BIOLCATI, 2022)

Com relação à remoção ou indisponibilização abrupta de conteúdos por parte dos provedores de Internet após a vigência do NetzDG, "várias retiradas de conteúdos manifestamente lícitos foram efetuadas, com o acirramento das críticas ao ato normativo". (BIOLCATI, 2022). Certo é que, com a atuação dos provedores de Internet no sentido de remover os materiais publicados por terceiros, a discussão sobre a inconstitucionalidade da norma se intensificou.

Ora, também é necessário deixar claro que a legislação alemã referente ao tema ainda é bastante recente, o que torna a verificação dos seus efeitos eivada de precariedade, não sendo possível, ainda, afirmar com exatidão se os princípios da liberdade de manifestação e de expressão foram afetados de forma negativa ou positiva, bem como no que tange à possibilidade de censura, em que pese alguns documentos demonstrem uma tendência positiva por parte do controle exercido pelos provedores de Internet. Nesse sentido:

> Ainda é muito cedo para determinar os reais efeitos do "NetzDG" sobre os comportamentos ilícitos que se busca reprimir e sobre o exercício da liberdade de expressão, mas os primeiros relatórios lançados indicam algumas tendências positivas, principalmente no sentido de que não houve censura ampla por parte dos provedores de redes sociais. (BIOLCATI, 2022)

Dessa forma, a responsabilização dos provedores de Internet existe no âmbito do território alemão, sendo certo que cabe ao provedor de Internet remover os conteúdos manifestamente ilícitos de sua plataforma, todavia, quando se tratar de ofensas de mera opinião, o autor desta será isento de responsabilidade somente caso não aja com dolo de somente ofender a outra parte. Como visto ao longo do presente texto, a discussão na Alemanha sobre a responsabilidade dos provedores e sua possível ofensa aos princípios da liberdade de manifestação e de expressão ainda carecem de um maior alargo temporal para a averiguação de seus efeitos, em razão da norma em comento ser extremamente recente, o que demanda uma análise mais aprofundada.

2.4.5 FRANÇA

Por outro lado, no ordenamento jurídico francês, a questão da responsabilidade dos provedores de Internet diante de materiais publicados por terceiros de forma indevida ganhou, em 2009, uma legislação específica que regulamentou o desrespeito aos direitos autoriais, bem como delimitou a responsabilidade daqueles que realizassem o compartilhamento de conteúdo de terceiros sem autorização, tais como filmes e músicas.

Essa legislação ficou conhecida em território francês como Lei HADOPI, e, para a consequente responsabilização do usuário, a lei em comento dividiu os procedimentos para a averiguação da

responsabilidade em três fases, as quais se encontram devidamente abordadas pela lei em questão, sendo que

> em caso de violação, a "HADOPI" notificaria o provedor, com a requisição dos dados do usuário responsável pelo material. O usuário identificado seria advertido e, em caso de reiteração, nova advertência seria expedida, com alerta sobre as consequências que previam a aplicação de multa ou mesmo suspensão do acesso do usuário aos serviços de Internet. (BIOLCATI, 2022)

Dessa forma, a Lei HADOPI continuou a ser aplicada até o ano de 2013, quando foi revogada, pois o Conselho Constitucional da França a considerou inconstitucional, haja vista restringir a liberdade de expressão dos usuários de Internet no seguinte sentido: "[...] o Conselho Constitucional considerou-a incompatível com a liberdade de expressão a todos garantida pelo artigo 11, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão." (BIOLCATI, 2022).

Todavia, salienta-se que a responsabilidade dos provedores de Internet em um âmbito mais genérico, isto é, abarcando todos os provedores em todas as searas, não se limitando ao tópico referente aos direitos autorais, já existia anos antes, com o advento da Lei nº 2004-575, de 21 de junho de 2004, responsável por regulamentar a isenção da responsabilidade dos provedores, salvo se tinham conhecimento do conteúdo reputado ilícito ou, caso tivessem tal conhecimento, não houvessem agido no sentido de remover imediatamente o conteúdo ou tornar indisponível.

Não obstante, a essa isenção de responsabilidade dos provedores arguida acima é aplicada tanto na área penal como na área cível, sendo que a disposição referente ao tema em questão se encontra positivada no artigo 6º da Lei nº 2004-575, de 21 de junho de 2004, a seguir reproduzido no que diz respeito à responsabilidade cível e penal dos provedores:

> Lei n° 2004-575, de 21 de junho de 2004, sobre a confiança na economia digital
> Artigo 6
> 2. As pessoas físicas ou jurídicas que garantam, mesmo a título gratuito, para efeitos de colocação à disposição do público por serviços de comunicação pública online, o armazenamento de sinais, de escritos, de imagens, de sons ou de mensagens de toda natureza fornecidos pelos destinatários destes serviços não podem ser civilmente responsabilizados pelos resultados das atividades ou das informações armazenadas a pedido de um destinatário desses serviços se elas não tiverem efetivamente o conhecimento da natureza manifestamente ilícita ou de fatos e circunstâncias que revelem tal característica ou se, logo que tomaram conhecimento dos fatos, tenham prontamente atuado para remover tais dados ou tornar impossível o seu acesso.
> O parágrafo precedente não se aplica quando o destinatário do serviço agir sob a autoridade ou o controle da pessoa referida no parágrafo.
> 3. As pessoas a que se refere o n° 2 não podem ser consideradas penalmente responsáveis pelas informações armazenadas a pedido do destinatário destes serviços se elas não tenham efetivamente o conhecimento da natureza manifestamente ilícita da atividade ou da informação ou se, logo que tomaram conhecimento dos fatos, elas tenham prontamente atuado para remover tais dados ou tornar impossível o seu acesso.
> O parágrafo precedente não se aplica quando o destinatário do serviço agir sob a autoridade ou o controle da pessoa referida no parágrafo. (FRANÇA, 2004, tradução de Érica de Cássia Ramos da Cruz)

Ou seja, com base no artigo acima esposado, tem-se que os provedores de aplicações e de conexão à Internet somente serão responsabilizados caso o conteúdo publicado por terceiros tenha

ilicitude manifesta, assim como não tenham agido para efetivar o controle desses materiais. Caso não observem os ditames da legislação em comento, os provedores deverão se responsabilizar e indenizar todos aqueles que forem afetados pela manutenção dos conteúdos reputados ilícitos.

O artigo 6º ressaltado acima, inclusive, fora objeto de controle de constitucionalidade perante o Conselho Constitucional francês, onde foi discutido se a permissão para remoção de materiais por parte dos provedores seria uma afronta à liberdade de comunicação e de expressão. Nesse sentido, em que pese os argumentos trazidos em sentido contrário, o Conselho Constitucional decidiu por declarar a constitucionalidade do artigo 6º sobre a responsabilidade dos provedores, nos seguintes termos:

> Decisão n° 2004-496 DC de 10 de junho de 2004
> 9. Considerando-se que o âmbito de aplicação do n° 2 e n° 3 do artigo 6° da referida lei é excluir a responsabilidade civil e penal dos provedores nas duas hipóteses previstas; que essas disposições não serão aplicadas se o provedor não retirou uma informação denunciada como ilícita por terceiros se ela não manifestamente apresenta tal natureza ou se a sua retirada não tiver sido ordenada por um juiz; que, sem prejuízo de tal reserva, o n° 2 e n° 3 do artigo 6º apenas se prestam a retirar as consequências precisas e necessárias do n° 1 do artigo 14 da mencionada diretiva sob as quais não cabe ao Conselho Constitucional se pronunciar; que, consequentemente, as queixas invocadas pelos requerentes não podem ser apresentadas de forma útil perante ele; (FRANÇA, 2004, tradução de Érica de Cássia Ramos da Cruz)

Dessa forma, o Conselho Constitucional salientou, para manter o dispositivo em vigor, que o próprio artigo é claro ao dispor que somente os conteúdos com materiais manifestamente ilícitos ou

ilegais serão objeto de remoção por parte dos provedores, o que não prejudicaria a liberdade de comunicação e de expressão dos usuários de suas respectivas plataformas.

Em 2020, mais precisamente no dia 24 de junho, foi editada uma norma que modificou partes da Lei nº 2004-575 para a determinação de remoção de conteúdos com teor sexual envolvendo menores de idade e de terrorismo, conforme entendimento a seguir:

> [...] que alterava vários dispositivos da norma acima citada, para determinar aos provedores de serviços obrigações de análise de conteúdo de ódio e de cunho sexual ou terrorista, em prazos diminutos, sob pena de responsabilização penal em caso de falha, com aplicação de pesadas multas [...] (BIOLCATI, 2022)

Contudo, a alteração promovida pelo legislativo foi declarada inconstitucional, sob o argumento de que restringia de forma desarrazoada a liberdade de expressão dos usuários da plataforma, tendo em vista que concedia prazos de apenas 1 (uma) hora para remoção de conteúdos, assim como a determinação poderia advir de uma ordem administrativa, ou seja, inexistindo necessidade de uma ordem judicial, o que ensejaria uma discricionariedade maior ainda por parte da administração. No mais, assim ficou decidido o caso pelo Conselho Constitucional:

> Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020 about an amendment in the law above
> 6. A divulgação de imagens pornográficas representando menores, de uma parte, e a provocação a atos de terrorismo ou de apologia a tais atos, de outra parte, constituem abuso da liberdade de expressão e de comunicação que trazem grave atentado à ordem pública e aos direitos de terceiros. Ao se impor aos editores e provedores de aplicações de internet de retirar, a pedido da administração, os conteúdos que

> esta última entenda como contrários aos artigos 227-23 e 421-2-5 do Código Penal, o legislador entendeu por fazer cessar tais abusos.
> [...]
> 8. Portanto, o legislador infringiu a liberdade de expressão e de comunicação de uma forma que não é adequada, necessária e proporcional aos fins perseguidos.
> 9. Consequentemente, sem que seja necessário examinar as outras queixas, o parágrafo I do artigo 1° da lei é contrária à Constituição.
> [...]
> 19. Decorre de todo o acima exposto que, levando-se em conta as dificuldades de se avaliar a natureza manifestamente ilícita dos conteúdos denunciados dentro do prazo estipulado, da pena incorrida desde o primeiro descumprimento e da ausência de causa específica de exoneração de responsabilidade, as disposições contestadas só podem encorajar os operadores de plataforma online a removerem os conteúdos a eles denunciado, sejam eles manifestamente ilícitos ou não. Elas representam, assim, um atentado ao exercício da liberdade de expressão e de comunicação que não é necessária, adequada e proporcional. Desta forma, sem que seja necessário examinar as outras queixas, o parágrafo II do artigo 1° da lei é contrário à Constituição. (FRANÇA, 2020, tradução de Érica de Cássia Ramos da Cruz)

Em 2018, foi criada a Lei nº 2018-1202, que alterou algumas partes do Código Eleitoral francês no sentido de determinar que, diante de informações falsas em âmbito eleitoral, o juiz pode ordenar que os provedores de Internet tomem atitudes para remover todas as publicações falsas. Nesse sentido, assim restou modificado o artigo L163-2 do Código Eleitoral da França:

> Artigo L163-2, Código Eleitoral da França
> I.Durante os três meses anteriores ao primeiro dia do mês das eleições gerais e até a data do escrutínio eleitoral, quando as alegações ou imputações inexatas ou enganosas de um fato suscetível a alterar a exatidão das próximas eleições são divulgadas de forma deliberada, artificial ou automatizada, e massiva, por meio de um serviço de comunicação ao público on-line, pode o juiz interino, a pedido do Ministério Público, de qualquer candidato, de qualquer partido ou agrupamento político ou de qualquer pessoa com interesse de agir, e sem prejuízo da reparação pelo dano sofrido, ordenar às pessoas físicas ou jurídicas mencionadas no n° 2, I, do artigo 6º da Lei n° 2004-575 de 21 de junho de 2004 sobre a confiança na economia digital ou, na sua falta, a todas as pessoas mencionadas no n° 1, I, do mesmo artigo 6º da Lei n° 2004-575, que tomem todas as medidas necessárias e proporcionais para fazer tais divulgações cessarem.
> II.O juiz interino pronunciar-se-á no prazo de quarenta e oito horas a contar do encaminhamento. Em caso de recurso, a corte pronunciar-se-á no prazo de quarenta e oito horas a contar do seu envio.
> III.As ações baseadas no presente artigo serão apresentadas exclusivamente perante um tribunal de grande instância e um tribunal de recurso determinado por decreto. (FRANÇA, 2018, tradução de Érica de Cássia Ramos da Cruz)

Sem qualquer surpresa, essa alteração foi discutida no Conselho Constitucional da França, porém, a Corte decidiu por manter a constitucionalidade dos dispositivos alterados, pois, segundo os argumentos dos Juízes, a lei determina que o juiz interino observe todas as medidas proporcionais e as menos gravosas ao direito à liberdade de expressão e de comunicação, não havendo qualquer risco aos direitos garantidos dos cidadãos nas plataformas, nos seguintes termos atinentes:

> Decisão n° 2018-773 DC de 20 de dezembro de 2018
> 25. Por último, ao permitir que o juiz interino ordene todas as medidas proporcionais e necessárias para fazer cessar a divulgação dos conteúdos ofensivos, o legislador a ele impôs que proferisse as que sejam menos atentatórias à liberdade de expressão e de comunicação.
> 26. Por todo o exposto, sujeito às reservas estabelecidas no parágrafo 23, o artigo L. 163-2 do Código Eleitoral, que não está viciado por incompetência negativa, não infringe a liberdade de expressão e de comunicação de forma que não seja necessária, adequada ou proporcional. Ele também não ignora os direitos de defesa, do devido processo legal, da boa administração da Justiça e da garantia de direitos, nem qualquer outro requisito constitucional. Por estar sujeito a essas mesmas ressalvas, ele [o artigo em comento] está em conformidade com a Constituição. (FRANÇA, 2018, tradução de Érica de Cássia Ramos da Cruz)

Sendo assim, observa-se que a legislação francesa se encontra bastante avançada no quesito regulamentação e responsabilidade dos provedores de Internet, ocasionando a responsabilidade do provedor somente quando estiver diante de um conteúdo manifestamente ilícito e não aja rapidamente para removê-lo. Além disso, a legislação, inclusive faz referência à responsabilidade dos provedores em épocas eleitorais, o que enseja, por obviedade, um debate bastante acalorado, haja vista a possibilidade dos diversos candidatos, ao terem seus conteúdos removidos pelos provedores, alegarem ofensas a seus direitos basilares de manifestação.

3 ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Após todas as explanações utilizadas ao longo deste manejo textual, o que se almeja com o presente trabalho é a demonstração

dos motivos pelos quais o artigo 19 do Marco Civil da Internet faz jus à sua declaração integral de inconstitucionalidade, pois, sob o pretexto de proteger a liberdade de expressão e evitar a censura, encerra por esbarrar nos direitos constitucionais da personalidade e consumeristas.

À vista disso, para que se chegue à defesa plena da inconstitucionalidade do dispositivo em vigor, será realizada uma análise das responsabilidades inovadas pelo Marco Civil da Internet, assim como uma breve identificação do julgamento que deu luz ao debate sobre a inconstitucionalidade do artigo em comento perante o Supremo Tribunal Federal.

3.1 RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE CONEXÃO DE INTERNET E DE APLICAÇÕES LASTREADA NOS ARTS. 18, 19, 20 E 21 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

No dia 23 de abril de 2014 foi aprovada a Lei nº 12.965 (BRASIL, 2014), a qual fora responsável por definir, entre outros aspectos referentes à Internet, a responsabilidade civil dos provedores de Internet, mais especificamente tratando, de forma expressa, sobre os provedores de conexão à Internet e provedores de aplicações de Internet.

A dicção tangente à responsabilidade civil dos provedores de Internet se encontra positivada nos artigos 18, 19, 20 e 21 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), os quais serão abordados a seguir individual e pormenorizadamente.

Em um primeiro momento, o Marco Civil da Internet, realiza uma verdadeira isenção de responsabilidade civil pelos conteúdos gerados por terceiros, mais especificamente na relação entre provedor de conexão à Internet e seus respectivos usuários-consumidores. Essa isenção se vislumbra no artigo 18 do Marco Civil da Internet, o qual se encontra a seguir devidamente reproduzido: "Art. 18. O provedor

de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros." (BRASIL, 2014).

Ora, fica claro que o Marco Civil da Internet, ao isentar os provedores de conexão à Internet (também conhecidos como provedores de *backbone*), possui total coerência com o mundo da rede mundial de computadores, haja vista que o provedor de conexão à Internet não dispõe de meios para controlar os conteúdos publicados no ambiente dos provedores de aplicações de Internet, possuindo pura e simplesmente o condão de fornecer o acesso à Internet a seus respectivos usuários, conforme bem salientado a seguir por ZANINI (2018, p. 694):

> Desse modo, não há que se falar em responsabilidade do provedor de conexão (backbone) por criação de conteúdo ou armazenamento de dados e informações, o que inclusive conta com previsão expressa do art. 18 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet): "O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros".
> Por conseguinte, em caso de violação do direito à imagem por usuário final da internet ("por terceiros"), por expressa disposição legal, o provedor de backbone não poderá ser responsabilizado, visto que sua atuação se resume a simplesmente garantir o acesso à internet aos demais provedores.

Não obstante, ainda que o provedor de conexão à Internet pudesse, de alguma forma ser responsabilizado pelos conteúdos publicados por terceiros nas variadas plataformas digitais, seria impossível que o provedor em comento realizasse uma eventual remoção ou indisponibilização do material veiculado após uma notificação, tendo em vista que inexistem, na visão dos provedores de conexão à Internet, formas de intervir na disponibilização de materiais de terceiros, nos seguintes termos:

> Aliás, em função da atividade exercida, nem mesmo a notificação para remoção de conteúdo ilícito é possível, dado que o provedor de acesso não possui ingerência sobre o conteúdo veiculado na rede por terceiros, não podendo, por conseguinte, removê-lo (art. 18 da Lei 12.965/2014). (ZANINI, 2018, p. 696-697)

Adiante, a efetiva responsabilização civil no âmbito digital só se inicia na relação entre provedores de aplicações de Internet e seus respectivos usuários, como bem regula o artigo 19, *caput* e §§1º, 2º, 3º e 4º, do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), abaixo reproduzido fielmente em seus próprios termos:

> Marco Civil da Internet
> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
> § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.
> § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.
> § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a

> indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.
> § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º , poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No que se refere à justificativa da elaboração da responsabilidade civil do provedor de aplicações de Internet, a relação entre este provedor e seus usuários seria quase a mesma entre um banco e seus clientes, como bem observado a seguir em uma analogia feita por FILHO (*apud* ZANINI, 2018, p. 699):

> Aliás, a relação estabelecida entre o provedor e o usuário é muito bem esclarecida por uma analogia feita por Castro Filho, que compara o provedor de hospedagem e o site hospedado com a relação estabelecida entre um banco e um cofre colocado à disposição de seu cliente. Nessa linha, no cofre poderá ser guardado o que o cliente quiser, ficando o banco sem saber a origem ou a natureza da coisa guardada. No entanto, no momento em que é verificada a ilegalidade do conteúdo depositado, assiste ao provedor "o direito de imediata interrupção do serviço, sob pena de também ser corresponsabilizado"

Como pode ser visto acima, no artigo 19 supracitado, um dos objetivos almejados pelo legislador ao criar o dispositivo em comento é o de proteger a liberdade de expressão e sustar a censura na rede mundial de computadores, sendo que, como regra geral, o provedor de aplicações de Internet, tal qual o provedor de conexão à Internet,

não será responsabilizado por conteúdos publicados por terceiros, contudo, diferentemente do último, aquele poderá ser chamado para reparar os danos e responder civilmente caso descumpra uma ulterior ordem judicial para a remoção ou indisponibilização do conteúdo reputado ilícito, consoante palavras de ZANINI (2018, p. 699-700):

> Desse modo, no que tange ao conteúdo gerado por terceiros, somente haverá responsabilidade do provedor de aplicação, expressão que abrange os provedores de hospedagem e conteúdo, se após ordem judicial específica, não forem tomadas as providências necessárias para tornar indisponível o conteúdo ilícito.

Além disso, o ilustre autor também ressalta que tanto os provedores de hospedagem quanto os provedores de conteúdo devem ser enquadrados no termo "provedor de aplicações" utilizado pelo legislador nacional.

Ademais, em seu parágrafo primeiro, o artigo 19 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), não obstante a necessidade de notificação judicial para a devida responsabilização do provedor de aplicações de Internet, também deixa cristalino que a ordem judicial poderá se tornar eivada de nulidade em razão da ausência de designação exata do conteúdo objeto de remoção, pois este deve ser localizado pelos provedores sem deixar quaisquer dúvidas. Nesses termos, ZANINI (2018, p. 700):

> Ora, da leitura do dispositivo deflui que a responsabilidade civil somente existirá se houver o descumprimento de ordem judicial específica para a remoção de conteúdo ilícito, a qual deverá conter, sob pena de nulidade, a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material (art. 19, § 1° da Lei 12.965/2014). Assim, sem que haja o descumprimento

> dessa ordem, conforme determinação legal, não haverá o dever de indenizar.

Nesse sentido, não importa o que ocorra, caso o caso se encontre abarcado pelo artigo 19 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), se não ocorrer o desrespeito à notificação judicial, o provedor de aplicações não será convocado para se responsabilizar perante o conteúdo gerado por terceiros.

Entretanto, ainda que inexista uma ordem judicial especifica, nada impede que "[...] o provedor de hospedagem poderá, após notificação extrajudicial, retirar o conteúdo ilícito de seus equipamentos." (ZANINI, 2018, p. 700).

No que se refere ao artigo 19, §2, do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), já transcrito anteriormente, tem-se que ele faz referência aos direitos de autor ou direitos conexos a este, ou seja, de forma simples, aos direitos autorais. Contudo, a sua referência apenas se limita a estabelecer que tais direitos serão regulados por lei em específico, não cabendo a aplicação do Marco Civil para tutelar os direitos autorais na seara digital, consoante bem ressalta ZANINI (2018, p. 710):

> Ademais, apesar de não alterar a prática no que toca aos direitos de autor e aos direitos conexos, o Marco Civil da Internet esclarece que eventual legislação regulando as infrações aos mencionados direitos no ambiente virtual deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

E, para fechar o artigo 19, seus parágrafos terceiro e quarto positivam que, no que tange à responsabilidade civil relativa a conteúdos que afetem a honra, a reputação ou direitos da personalidade, o caso poderá, sem demais empecilhos, ser apresentado para julgamento nos próprios juizados especiais, e, de mais a mais, o juiz, verificando que

se encontram presentes os requisitos da tutela de urgência, poderá, desde já, antecipar os efeitos da medida cautelar.

O próximo dispositivo legal a ser analisado é o artigo 20 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), que trata sobre medidas a serem observadas pelos provedores de aplicações de Internet, a seguir transcrito:

> Marco Civil da Internet
> Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.
> Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

A seguir, o artigo 20 do Marco Civil da Internet realiza alguns complementos relativos ao próprio artigo 19 do mesmo diploma normativo, haja vista trazer previsões sobre determinações que devem ser seguidas pelos provedores de aplicações em conjunto com a ordem judicial designada pela autoridade competente, principalmente no que diz respeito ao dever do provedor de entregar todas as informações ao usuário de Internet afetado pela remoção do conteúdo, pois cabe

> [...] ao provedor de aplicação retirar o conteúdo que fora objeto de ordem judicial nesse sentido, mas a

> sua responsabilidade não se limita apenas a cumprir a determinação do Poder Judiciário. O art. 20 da Lei 12.965/2014 estatui que caberá ao dito provedor comunicar ao usuário que realizou a inserção do material os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, desde que disponha dos seus contatos.86 As informações prestadas pelo provedor deverão permitir o contraditório e a ampla defesa do usuário em juízo, salvo expressa previsão legal ou determinação judicial fundamentada em contrário. De acordo com o parágrafo único, o provedor de aplicações de internet substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento quando esta diligência for solicitada pelo usuário que apresentou o conteúdo. (SILVA, 2017, p. 180-181)

Dessa forma, o provedor, tanto na notificação judicial quanto na notificação extrajudicial (a qual será abordada adiante), o provedor de aplicações de Internet, no que se refere à comunicação ao usuário responsável pela publicação do conteúdo,

> [...] deverá notificá-lo para exercer o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 20 do MCI. Essa exigência, em atenção ao princípio da isonomia, também deverá ser observada no procedimento interno de exclusão, evitando, assim, que a exclusão ultrapasse o necessário para cessar a ofensa e, por sua vez, viabilizando o controle judicial da eventual alegação de excesso pelo autor/responsável do conteúdo indisponibilizado. (CRUZ, COSTA e ARAÚJO, 2015, p. 222)

Ademais, o dispositivo seguinte e último relativo à seara da responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet, mais especificamente o artigo 21 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014),

aborda os casos em que o conteúdo publicado por terceiros possui, como tema, caráter de nudez ou de quaisquer outros atos sexuais. Nesses termos, abaixo se encontra traslado o citado artigo 21:

> Marco Civil da Internet
> Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.
> Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Para mais, o artigo em análise aborda aqueles casos em que o material publicado envolve, geralmente, a conhecida "pornografia de vingança", que consiste em divulgar, sem a permissão de todos os envolvidos, imagens ou vídeos com conteúdo de nudez ou outros atos sexuais, excluindo a aplicação do artigo 19, conforme entendimento a seguir esposado por ZANINI (2018, p. 711-712):

> A pornografia de vingança (*revenge porn*) é um tema que atualmente tem ganhado muita relevância, tanto que foi tratada no Marco Civil da Internet. Consiste, em linhas gerais, na divulgação e compartilhamento, apenas entre determinados dispositivos eletrônicos ou por toda a internet, de fotos ou vídeos íntimos,

> normalmente de ex-parceiros, o que é feito sem consentimento.
> Tais imagens normalmente envolvem cenas de nudez, parcial ou total, bem como de atos sexuais, que muitas vezes são gravadas de forma consentida, mas posteriormente são divulgadas e compartilhadas sem autorização, constituindo uma forma de humilhar um desafeto ou um meio de vingança pelo término de um relacionamento.
> [...]
> Assim sendo, diante de tudo isso, o Marco Civil da Internet previu um regime especial para os casos de conteúdo usualmente chamado de "pornografia de vingança". A regulamentação afasta a regra constante do art. 19 e encontra previsão no art. 21 [...]

Nesse tipo de conteúdo, como visto acima no artigo transcrito, basta a mera notificação de qualquer de seu participante ou seu representante legal para que o conteúdo seja devidamente removido, consistindo em uma clara espécie de *notice and take down*, adaptada ao contexto brasileiro como uma exceção à regra do artigo 19 do Marco Civil da Internet. Se, porventura, o provedor de aplicações de Internet não remover o conteúdo ou tornar indisponível o mais rápido possível, incorrerá na responsabilidade civil e deverá reparar todos os danos causados aos envolvidos, o que enseja uma responsabilização subsidiária, pois somente será chamado para indenizar caso não realize devidamente a remoção do conteúdo. Seguindo essa linha e corroborando o entendimento elencado, assim pontifica ZANINI (2018, p. 713):

> Nesse contexto, destoando da regra geral, o art. 21 prevê a responsabilidade subsidiária do provedor de aplicações quando houver sua notificação acerca do conteúdo ilícito e este deixar de promover a retirada desse material da rede.

> Todavia, há uma série de condicionantes para que exista tal responsabilidade, entre as quais destacamos o fato do provedor ter deixado, após a notificação, de "promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo". Também é necessário que a notificação contenha, "sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador" da intimidade, bem como a constatação da legitimidade do requerente.

No que se refere à retirada de conteúdo que envolve material com teor de nudez ou qualquer outro ato sexual, o qual fora divulgado sem permissão de seus participantes, o tipo de notificação (extrajudicial) trazida pelo artigo 21 difere daquela do artigo 19 (judicial), em razão da notificação extrajudicial possuir um valor extremamente valorativo e advindo de uma pessoa particular, aspecto completamente diverso da notificação judicial, a qual exige a atuação de um juiz eivado de imparcialidade. Consoante esse raciocínio, assim ressaltam CRUZ *et al* (2015, p. 222):

> [...] o art. 21 do MCI autoriza que os particulares exerçam o juízo valorativo acerca da ilicitude do material e solicite extrajudicialmente a sua exclusão da rede. Assim como a ordem judicial, a notificação extrajudicial deve conter a indicação certa e precisa do material atentatório à intimidade, bem como a comprovação da legitimidade do suplicante para o pedido da indisponibilidade do conteúdo.

De mais a mais, a responsabilidade civil do provedor de aplicações de Internet será solidária (o que significa que poderá ser acionado a qualquer momento pelo ofendido para reparar o dano) quando se estiver diante de um caso envolvendo a aplicação do artigo 19 do Marco Civil da Internet, ou seja, quando

> [...] o provedor de conteúdo, ao inobservar a ordem de retirada judicial (art. 19-MCI), será qualificado como coautor do dano e, portanto, solidariamente responsável com este, nos termos do art. 949, parágrafo único, do CC/2002. Será também solidariamente responsável (art. 7.º, parágrafo único, do CDC/1990) quando dificultar ou não fornecer informações acerca da identificação do sujeito responsável para indexação do material ofensivo, por configurar violação do direito à informação (art. 6.º, III, do CDC/1990). (CRUZ *et al*, 2015, p. 224)

Desse modo, foram abordados todos os tipos de responsabilização existentes no Marco Civil da Internet na relação entre provedor de Internet e seus usuários, as quais serão se suma importância na análise posterior da inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, sendo este o objeto principal e primordial de defesa do presente trabalho, de acordo com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais adiante delineados.

3.2 DISCUSSÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET E SUA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Atualmente, existe um grande debate no que diz respeito ao artigo 19 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), pois, como já visto no tópico anterior sobre a responsabilização do provedor de aplicações de Internet em razão de conteúdos publicados por terceiros, aquele somente será chamado para se responsabilizar e reparar o dano quando houver uma determinação judicial e o provedor se mantiver na inércia e desrespeitar a ordem judicial emanada pela autoridade competente.

Todavia, ocorre que, em 2014, uma mulher ajuizou uma ação, originando o processo nº 0006017-80.2014.8.26.0125/TJSP, contra a plataforma de rede social chamada *Facebook*, uma provedora de

aplicações de Internet, em razão dela manter em seu sítio eletrônico um perfil falso que fazia referências à autora do processo em questão, onde o citado perfil efetuava várias ofensas que atingiram diretamente a imagem da autora, assim como também enviava, em nome da autora, mensagens a todos os seus amigos e familiares, proferindo palavras chulas e de calão, nos termos a seguir:

> [...] ainda mais quando da análise das mensagens partidas em nome da ré pelo(a) falseador(a) denota-se palavreado chulo e ofensivo aos destinatários, dentre eles seus próprios familiares; atitudes ilícitas (como, p.ex., desvio de valores de aposentadoria); pecha de fofoqueira; e fotografia que descaracteriza sua verdadeira imagem (fls. 22 e 72), circunstâncias que evidentemente a expuseram ao ridículo e prescindem de dilação probatória para comprovação de danos, caracterizados que estão in re ip sa.
> (TJSP, 2ª Turma Recursal Cível, Processo nº 0006017-80.2014.8.26.0125, Des. Rel. Rogério Sartori Astolphi, julgado dia 11/12/2015)

Ademais, a Autora requereu reparação indenizatória pelos danos sofridos ao ter sua imagem exposta de forma vexatória, entretanto, ao julgar o pleito, o Juiz de primeira instância, em sentença, apenas cuidou de condenar a Ré à exclusão do perfil falso que expunha a imagem da Autora e trazer, no prazo de 10 (dez) dias, o endereço de IP utilizado para acessar o perfil falso. Assim restou proferida a sentença:

> A respeitável sentença de fls. 144/146 julgou parcialmente procedente a ação a fim de determinar a exclusão do site da ré do perfil falso criado em nome da autora, bem como apresentar em 10(dez) dias o IP (internet protocol) relativo a tal perfil. Julgou, todavia, improcedente a pretensão indenizatória.

> (TJSP, 2ª Turma Recursal Cível, Processo nº 0006017-80.2014.8.26.0125, Des. Rel. Rogério Sartori Astolphi, julgado dia 11/12/2015)

O Juiz de primeira instância, ao justificar a denegatória da responsabilidade civil da Ré, bem de sua consequente indenização em favor da Autora, justificou sua decisão com base no artigo 19 do Marco Civil da Internet, ou seja, para que a Ré fosse obrigada a reparar os danos sofridos, deveria haver uma decisão judicial anterior ordenando a retirada do conteúdo, assim como, posteriormente, a Ré ignorasse a notificação judicial, o que não ocorreu no caso concreto, consoante o excerto a seguir:

> É certo que a r. sentença fundamentou-se no art. 19 da Lei nº 12.965/14, o chamado "Marco Civil da Internet", que assim disciplina: "Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário".
> (TJSP, 2ª Turma Recursal Cível, Processo nº 0006017-80.2014.8.26.0125, Des. Rel. Rogério Sartori Astolphi, julgado dia 11/12/2015)

Diante dessa negativa de procedência de seu pleito principal, a Autora interpôs Recurso Inominado para a Turma Recursal do Tribunal de Justiça de São Paulo, objetivando reformar a sentença e requerer a reparação, por parte da Ré, pelos danos sofridos em razão de todo o ocorrido. Ao julgar o Acórdão, a 2ª Turma Recursal, ainda que a sentença houvesse se baseado em um dispositivo expresso

da legislação nacional, decidiu por afastar a aplicação do artigo 19 do Marco Civil da Internet e, consequentemente, declarando-o integralmente inconstitucional de forma incidental, sob o crivo das seguintes justificativas:

> A responsabilidade da ré não advém do conteúdo ilícito postado por quem criou o perfil falso da autora, e nem pela criação em si deste, mas pela sua inércia e, mais grave, ausência de disponibilização de "ferramentas" para que a parte ofendida, tão logo descoberto o engodo, pudesse ter condições de, assim que efetuada a denúncia, ver retirada essa página para não se propagar no tempo os prejuízos que sofria, bem como aquele proporcionado a outras pessoas como se partissem dela.
> [...]
> Para fins indenizatórios, todavia, condicionar a retirada do perfil falso somente "após ordem judicial específica", na dicção desse artigo, significaria isentar os provedores de aplicações, caso da ré, de toda e qualquer responsabilidade indenizatória, fazendo letra morta do sistema protetivo haurido à luz do Código de Defesa do Consumidor, circunstância que, inclusive, aviltaria preceito constitucional (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal).
> Ademais, tal disposição como que quer obrigar, compelir o consumidor vitimado, a ingressar em Juízo para atendimento de pretensão que, seguramente, poderia ser levada a cabo pelo próprio provedor cercando-se de garantias a fim de preservar, em última análise, a liberdade de expressão. Antes, o provedor fica em confortável, mas não menos desproporcional, posição de inércia frente à vítima do abuso desse mesmo direito de manifestação e pensamento, gerando paradoxal desequilíbrio em relação aos "invioláveis" direitos à "intimidade, a vida privada, a honra e a imagem" (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal) desta última (vítima).

> [...]
> Destarte, condicionar a responsabilização da ré à prévia tomada de medida judicial pela autora, na conformidade do art. 19 do "Marco Civil da Internet", fulminaria seu direito básico de "efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" (art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor).
> Logo, a indenização pelos danos morais é medida que se impõe, à vista da defeituosa prestação de serviços pela ré (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor)
> [...]
> (TJSP, 2ª Turma Recursal Cível, Processo nº 0006017-80.2014.8.26.0125, Des. Rel. Rogério Sartori Astolphi, julgado dia 11/12/2015)

Ora, no julgamento em tela esposado acima, o Relator, ao proferir o voto vencedor, definiu que obrigar o usuário de Internet a ajuizar uma ação judicial para que o conteúdo ilícito, só assim, fosse removido pelo provedor de aplicação de Internet seria uma verdadeira violação ao artigo 5º, incisos X e XXXII, da Constituição Federal (BRASIL, 2014), pois, enquanto não houvesse uma ordem judicial, o conteúdo continuaria a permanecer público, isentando o provedor de aplicações de qualquer tipo de responsabilidade na seara cível.

De mais a mais, o presente caso em análise, apesar de aparentar ser mais um dos vários casos submetidos ao Juizado Especial Cível, tomou grande repercussão e importância que o *Facebook* (Ré) interpôs o Recurso Extraordinário nº 1.037.396 ao Supremo Tribunal Federal para reformar o Acórdão e afastar a responsabilidade cível da Ré pelos conteúdos publicados por terceiros em sua plataforma, alegando violação aos artigos 5º, incisos IV, IX e XIV, 220, *caput*, §§1º e 2º, todos da Constituição Federal (BRASIL, 2014), almejando, primordialmente, discutir a inconstitucionalidade, ou não, do artigo 19 do Marco Civil da Internet perante os supracitados dispositivos constitucionais.

Ao analisar a admissibilidade do Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, reconheceu a repercussão geral do recurso interposto, restando ementada a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.037.396/SP nos seguintes termos dispostos:

> Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida. Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Edson Fachin. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Edson Fachin. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia.
> (STF, Tribunal Pleno, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.037.396/SP, Min. Rel. Dias Toffoli, julgado dia 02/03/2018, publicado no DJe dia 04/04/2018)

Em razão do reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional ventilada no Recurso Extraordinário em tela, foi gerado o Tema 987 do STF:

> Tema 987 - Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. (BRASIL, STF, 2018)

Nessa toada, em 2019 o Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP seria discutido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, inclusive com audiências públicas que auxiliaram nos votos proferidos pelos Ministros na declaração, ou não, de inconstitucionalidade incidental do artigo 19 do Marco Civil da Internet, contudo, a discussão e as audiências foram adiadas, não possuindo, até o presente momento, previsão para suas retomadas, conforme bem relembra SALVADOR e GUIMARÃES (2022):

> Em dezembro de 2019, o então presidente do STF, ministro Dias Toffoli, excluiu da pauta do plenário os recursos extraordinários (REs) que discutem a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet (RE 1.037.396, relatado por Toffoli, e RE 1.057.258, relatado por Fux). Toffoli justificou o ato reconhecendo a necessidade de levar o tema para audiência pública antes do julgamento, audiência essa que logo foi agendada para os dias 23 e 24 de março de 2020. Com o início da pandemia da COVID-19, porém, as audiências públicas foram suspensas pelos ministros Toffoli e Fux por razões sanitárias.

Dessa forma, demonstrada a importância da discussão, haja vista, inclusive, o atendimento do caso concreto ao instituto da repercussão geral, restando apenas aguardar o julgamento da constitucionalidade, ou não, do artigo 19 do Marco Civil da Internet pelo Pleno do Supremo

Tribunal Federal, o que ensejará, enquanto não ocorrer a apreciação da matéria, uma tamanha discussão pelos variados setores jurídicos, incluindo o objetivo intrínseco deste presente trabalho.

3.3 DEFESA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET: POSIÇÕES, IMPACTOS E SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À EVENTUAL AUSÊNCIA DO ALUDIDO DISPOSITIVO

Chega-se, finalmente, ao objetivo do presente trabalho, qual seja, o de se manifestar pela integral inconstitucionalidade do discutido artigo 19 do Marco Civil da Internet, tendo em vista que o dispositivo condiciona, como já devidamente pormenorizado em momento oportuno, a responsabilidade cível do provedor de aplicações de Internet apenas após o desrespeito à ordem judicial que determine a remoção do conteúdo ilícito, conforme bem salientado a seguir:

> Percebe-se, assim, que não se adotou o sistema do *notice and take down* como regra geral. Na realidade, o art. 19 estabelece como regra geral o sistema conhecido como judicial *notice and take down,* que nada mais é do que a necessidade de haver prévia notificação judicial para que o conteúdo ilícito seja retirado pelo provedor de internet. (FLUMIGNAN; LISBOA, 2020, p. 195)

Ao realizar esse condicionamento de uma notificação judicial, o legislador brasileiro acaba por, sem quaisquer dúvidas, incorrer na violação do artigo 5º, incisos X e XXXV, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a seguir transcritos:

> Constituição Federal
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

> aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

No que se refere à violação dos dispositivos acima em comento, tem-se que, com relação ao inciso X, a violação se encontra quando da mitigação da proteção dos direitos da personalidade das vítimas que sofrerem algum tipo de ofensa no âmbito das redes sociais, e, além disso, a violação relativa ao inciso XXXV do mesmo artigo resta caracterizada quando o legislador impõe ao usuário ofendido que ajuíze uma ação judicial para ter o seu direito protegido, tendo em vista que tal direito é uma garantia conferida a todo cidadão, e não um dever imposto, conforme bem leciona SCHREIBER (*apud* FLUMIGNAN; LISBOA, 2020, p. 195-196):

> No mesmo sentido, Anderson Schreiber traz mais argumentos quanto à inconstitucionalidade do art. 19, mencionando que, além de afrontar o art. 5º, X, da Constituição Federal, também violaria o inciso XXXV do art. 5º, pois a garantia de acesso ao Judiciário consiste em direito da vítima, nunca um dever.

Ademais, além da clara violação perpetrada pelo artigo 19 do Marco Civil da Internet perante a própria Constituição Federal, tem-se que ele também vilipendia uma importante e mundialmente avançada legislação infraconstitucional, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, pois esta lei possui caráter constitucional, violando-a indiretamente, em que pese seja uma lei ordinária no ordenamento

jurídico brasileiro. Nessa linha, assim defende a ilustre autora LIMA (*apud* ZANINI, 2017, p. 131):

> No que toca à aplicação do art. 19 da Lei 12.965/2014, argumenta Cíntia de Lima que: "a tendência é pela não prevalência deste dispositivo por ser passível de inconstitucionalidade na medida em que a defesa do consumidor tem status constitucional e o art. 19 do Marco Civil da Internet contraria o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. Outro argumento é quanto à interpretação do Direito como um sistema"

Para mais, a responsabilidade civil adotada pelo Marco Civil da Internet, assim como já visto em tópico oportuno para tal, difere da legislação em diversos outros países no que tange à evidente isenção de responsabilidade do provedor de aplicações de Internet em razão do conteúdo gerado por terceiros, deixando-o em uma situação de extremo conforto, pois só agiria no sentido de proteger o direito do ofendido quando estivesse diante de uma notificação judicial, consoante leciona ZANINI (2017, p. 131):

> Vale notar que o art. 19 da Lei 12.965/2014 foi muito criticado pelos estudiosos da matéria, mesmo porque destoa da legislação de muitos países. Chegou-se mesmo a considerar como ponto fraco da lei a criação de uma espécie de inimputabilidade civil, que existiria até a expedição de ordem judicial específica para a remoção do conteúdo.

Corroborando o ponto trazido acima pelo ilustre autor, em países como a Alemanha, França e Itália (ver subcapítulo 2.4), o provedor de aplicações de Internet também possui uma aparente isenção de responsabilidade no que se refere ao conteúdo gerado por terceiros em suas plataformas, contudo, a legislação desses países prevê o dever

de indenizar quando a ilicitude da publicação for manifesta, previsão esta que inexiste na legislação brasileira, como já abordado em tópico próprio sobre o direito comparado, bem como em comparação com a responsabilidade do provedor de aplicações analisada neste trabalho, no próprio artigo 19 do Marco Civil da Internet.

Ainda no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe de proteção constitucional na matriz do ordenamento jurídico brasileiro magno no período pós-Regime Militar, é notório, ora, que o que ocorrera com o advento do Marco Civil da Internet, em seu artigo 19, foi um claro retrocesso social, pois, antes de sua instituição, a jurisprudência nacional já se posicionava no sentido de que bastaria a simples notificação extrajudicial de uma publicação ilícita para que o provedor de aplicações pudesse responder e reparar os eventuais danos ocasionados, ainda que por terceiros, já aplicado no âmbito dos direitos autorais, consoante lição de ROSSETTO *et al* (2016, p. 53):

> Antes do Marco Regulatório da Internet, a 3.ª e 4.ª Turmas do STJ vinham pacificando – principalmente nos casos envolvendo direitos autorais – o já criticável mecanismo de notificação e retirada de conteúdo denominado *notice and take down* (notifique e derrube), o qual, sinteticamente, preceitua que o provedor deve retirá-lo assim que notificado pelo usuário, até mesmo extrajudicialmente, sob pena de responder solidariamente com o autor imediato do dano. No entanto, a Lei 12.695/2014 matizou o *notice and take down* ao introduzir nova exigência: a notificação judicial. Agora, para que eventual conteúdo seja eliminado da internet é preciso que o interessado provoque o Poder Judiciário, o qual, após analisar a demanda e com base numa decisão fundamentada, emitirá ordem negativa ou positiva.

Ocorre que a legislação consumerista, com a previsão contida no Marco Civil da Internet, restou por ser afastada nos casos de conteúdos

publicados por terceiros, prejudicando as vítimas de ofensas nas redes sociais, bem como retroagindo socialmente, excluindo uma parcela gigantesca da sociedade, em razão do volume crescente de usuários nas plataformas digitais atualmente, como já visto no Capítulo 1 deste trabalho. Nesses termos, assim defende CAVALCANTI (*apud* ROSSETTO *et al*, 2016, p. 55):

> Roberto Flávio Cavalcanti, fazendo uma interpretação do sistema judicial de notificação e retirada de conteúdo à luz do Código de Defesa do Consumidor, afirma que a imposição é inconstitucional, pois "(...) não há a menor razão de excluir os provedores de aplicações de internet do campo de aplicação do CDC e despojar os consumidores de direitos já consolidados, como é o caso de se ver indenizado pela responsabilização objetiva do fornecedor. O Marco Civil, ao reverso, impõe a judicialização compulsória do conflito de interesses, o que, além de onerar substancialmente o consumidor, só apura responsabilidade do provedor em caso de desobediência à ordem judicial.

Além disso da própria problemática do retrocesso social referente à relação consumerista existente entre o provedor de aplicações de Internet e seus usuários, há, também, a controvérsia tangente ao empecilho promovido pelo legislador nacional, pois, como já visto anteriormente, determinou que o provedor somente fosse responsabilizado após o ajuizamento de uma ação judicial.

Ora, é por óbvio que exigir um prévio processo judicial apenas traria mais um obstáculo para a vida dos usuários ofendidos, não bastasse a situação vexatória e humilhante de ter seus direitos vilipendiados pela própria lei, bem como a própria violação promovida por terceiros nas redes sociais. Isto é, o usuário teria que aguardar todo um processo judicial e, após uma singular análise, para só então existir a possibilidade da expedição de uma determinação judicial

e, consequentemente, uma eventual reparação caso ocorresse o descumprimento de tal. O problema reside no fato de que, após todo esse período, o conteúdo ofensivo continuaria exposto ao longo do tempo na plataforma do provedor de aplicações, alargando mais ainda a violação aos seus direitos.

Seguindo essa linha argumentativa acima, assim leciona ROSSETTO *et al* (2016, p. 55):

> Sem embargo, o art. 19 do Marco Civil traz um maior ônus econômico ao consumidor, que terá que levar obrigatoriamente seu caso à justiça para ver solucionado seu problema, amargando inevitável retardo na solução de lesões irreparáveis ou de difícil reparação.

Adiante, o legislador nacional terminou, igualmente, à luz dessa exigência de ajuizamento de uma ação judicial para ter o seu direito efetivamente garantido e buscar a reparação concernente a todos os danos ocasionados, por promover, através da própria lei, uma cristalina e verdadeira repleção do Poder Judiciário, principalmente no que se observa especificamente no âmbito dos juizados especiais, sobrecarregando um sistema judiciário que já conta com diversos problemas, consoante entendimento a seguir:

> Não há a menor dúvida que o art. 19 do Marco Civil é uma norma subversiva, pois, além de desfavorecer o consumidor, como já frisado, sua aplicação estruturou-se para abarrotar os juizados especiais (art. 19, § 3.º) e a desatender as exigências do bem comum (art. 5.º da LICC)". (ROSSETTO *et al*, 2016, p. 55-56)

De mais a mais, como se observa no próprio artigo 19 do Marco Civil da Internet, um de seus objetivos basilares é o de garantir a

liberdade de expressão dos usuários das plataformas, assim como impedir o exercício da censura por entidades privadas, o que, inicialmente, aparenta ser eivado de grande benevolência, entretanto, tal previsão normativa acaba, inevitavelmente, por privilegiar alguns direitos constitucionais em detrimento de outros. Ou seja, no anseio de proteger a liberdade de expressão, o legislador terminou por minguar os direitos da personalidade daqueles que forem lesados, como bem ressalta COTS e OLIVEIRA (*apud* ROSSETTO *et al*, 2016, p. 54-55)

> No entanto, de outro lado, contra a determinação do Marco Civil, Márcio Cots e Ricardo Oliveira afirmam que o sistema de notificação e retirada de conteúdo da web piorou com o advento do Marco Civil da Internet, pois, apesar da previsão da viabilidade de utilização dos Juizados Especiais Cíveis, é certo que o legislador re tirou a possibilidade de o usuário resolver seu problema extrajudicialmente, onerando-o ainda mais. Ainda sobre o assunto, arrematam dizendo que "para a modificação do procedimento, o legislador usou como justificativa 'assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura', direito garantido constitucionalmente (art. 5.º, inc. IX). Todavia, não se pode esquecer que outros direitos são tão ou mais importantes do que o acima citado, como o direito à privacidade, por exemplo. Não podendo um ser preterido em benefício do outro. A nosso ver, **a sistemática implementada vem na contramão do movimento que pretende conceber meios mais céleres para solução de conflitos, afastando esta premissa do Poder Judiciário, já sobrecarregado com tantas outras questões**" – grifo nosso.

Salienta-se, também, que, além das dificuldades já esposadas, outra reside no sentido de que cabe ao ofendido identificar, de forma clara e precisa, o conteúdo reputado ilícito, o que, a depender de cada indivíduo e de seus conhecimentos sobre os meios tecnológicos, seria

mais um dos diversos empecilhos para promover uma regular ação judicial. Nesse sentido:

> No mesmo diapasão, Paulo Sá Elias, divulgando os dizeres de Ênio Santarelli Zuliani, afirmou que o Marco Civil da Internet impôs dificuldade técnica ao usuário, inclusive com a imposição de condições para a propositura de ação judicial, consistente em identificar de maneira precisa o conteúdo a ser retirado. (ELIAS *apud* ROSSETTO *et al*, 2016, p. 55)

Observa-se, por outro lado, que, para demandar uma ação em âmbito judicial, muitas vezes, seria necessária a contratação de um profissional de advocacia, isto é, um advogado específico para atuar em sua defesa, todavia, contratar tais serviços demandaria um esforço econômico por parte do ofendido, o que, infelizmente, nem todos possuem. E, dessa forma, o usuário que fosse atingido pelos conteúdos reputados ilícitos deveria, na ausência de disposição econômica para tanto, procurar os serviços da Defensoria Pública, contudo, ainda nesse sentido, o serviço dos defensores, em razão do extenso lapso temporal e das altas demandas, o tempo para resolução dos conflitos acabaria por se estender no tempo demasiadamente, violando mais ainda ao longo do tempo os direitos da personalidade daquele que foi ofendido pelos materiais publicados, conforme ressaltado por ROSSETTO, *et al* (2016, p. 55):

> Malgrado as portas dos órgãos judiciais estejam abertas, é evidente que, em regra, a parte interessada deve percorrer barreiras antes de adentrá-las, dentre as quais se destaca a econômica. É evidente que nem todas as pessoas possuem condições financeiras de contratar um advogado para patrocinar seus interesses e, apesar da atuação importante das Defensorias Públicas, há uma fila e diversos procedimentos a serem seguidos para viabilizar o atendimento, o

> que leva tempo. Em 2014, por exemplo, foi veiculada reportagem demonstrando que o atendimento da Defensoria Pública de Cachoeiro, no Espírito Santo, estava demorando um ano e três meses. Ademais, mesmo que a ação seja proposta, é certo que a parte interessada deverá enfrentar os diversos aspectos negativos que assolam o processo judicial, tais como, por exemplo, o excesso de formalismo, a morosidade e o alto custo da máquina judiciária.

De mais a mais, por mais que o objetivo do legislador fosse dar um maior protagonismo ao Poder Judiciário, o que acabou por ocorrer foi um claro enfraquecimento de sua atuação, pois

> Termina por enfraquecer o Judiciário a visão daqueles que buscam aparentemente enaltecê-lo, enquanto melhor fórum para se debater a liberdade de expressão, ao passo que caberia apenas aos próprios provedores de Internet, e a mais ninguém, decidir onde, quando e se exercerão seu poder de polícia autorizado pelas condições gerais de contratação. (MARTINS, 2021, p. 50)

Ao introduzir o artigo 19 do Marco Civil no ordenamento jurídico pátrio, os congressistas brasileiros terminaram, também, por ocasionar, no âmbito do sistema judiciário, uma clara duplicidade na apreciação da matéria pelo Poder Judiciário, em razão da notificação prévia do provedor de aplicações de Internet para que este remova o conteúdo ilícito, e, posteriormente, ocorra a análise relativa à responsabilização pelo descumprimento da ordem judicial, conforme bem ensina MARTINS (2021, p. 50):

> O juízo de valor sobre a legitimidade ou não da conduta já incumbe ao Judiciário, em homenagem ao princípio da separação dos poderes. O que promove o

> artigo 19 do Marco Civil, sem precedentes no direito brasileiro, é a necessidade de uma dupla apreciação pelo Judiciário, que deverá previamente notificar o provedor Internet.
> Toda a responsabilidade, portanto, termina transferida aos usuários, confrontados com bilionárias organizações empresariais.

Nessa toada constitucional, ao se exigir que o usuário de Internet acione o Poder Judiciário para ter o conteúdo removido ou tornado indisponível, bem como ao se estar diante de uma justiça, atualmente, abarcada pela morosidade, durante o período transcorrido entre o ajuizamento da ação e da regular notificação judicial, já se terá passado tempo suficiente para lesar mais ainda a imagem do ofendido, principalmente pelo fato da sociedade atual difundir as informações de forma extremamente rápida, a qual se dá por meio da própria Internet, incluindo, igualmente, os diversos discursos de ódio e propagação de *fake news*. Nesse sentido:

> Enquanto a ordem judicial não vem, se propagam, com a velocidade da Internet, ofensas decorrentes das *fake news* e do discurso do ódio, por motivos políticos, religiosos, sociais, étnicos ou de orientação sexual, ou contra crianças e adolescentes, entre outros, sob o argumento de que detê-las seria promover a censura. (MARTINS, 2021, p. 51)

Além do que, diante desse diapasão que se encontra ocasionado pela situação negativa do sistema judiciário atual, o que promove o artigo 19 do Marco Civil da Internet, em seu instituto prático, fugindo à construção teórica de teses em uma sociedade ideal e utópica, é uma clara subversão de valores, pois atribui, mesmo que sem qualquer intenção legislativa imbuída de má-fé, uma imunidade referente à responsabilidade cível dos provedores de aplicações, como bem ressaltado por MARTINS (2021, p. 51):

> Não se pode negar que o provedor de Internet é um integrante fundamental da comunicação ali realizada, e atribuir força de excludente da responsabilidade civil ao fato de terceiro, como fez o artigo 19 do Marco Civil da Internet, mais do que impedir que determinados danos caiam em determinado local, significa assegurar impunidade, diante da assimetria do meio, dominado por robôs e algoritmos.

Aliás, é imperioso salientar que não somente o *caput* do artigo 19 do Marco Civil da Internet está eivado de profunda inconstitucionalidade, mas também o seu parágrafo segundo, haja vista que o citado dispositivo claramente privilegia os direitos autorais em detrimento dos direitos inerentes à condição humana, fazendo letra morta do artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, a seguir reproduzido: "Art. 1º A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;" (BRASIL, 1988).

Corroborando o entendimento acima no que diz respeito à inconstitucionalidade do artigo 19, §2º, do Marco Civil da Internet, assim pontifica MARTINS (*apud* CAPANEMA, 2017, p. 119):

> Guilherme Martins, em brilhante obra sobre a responsabilidade civil na Internet, aponta a inconstitucionalidade do art. 19, § 2º, o qual afasta a incidência do caput às questões envolvendo direito autoral.
> Entende o ilustre professor que o Marco Civil, aqui, determinou a prevalência dos direitos patrimoniais sobre os da personalidade, prestigiando, assim, a rica indústria do entretenimento. Violaria, dessa maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana [...]

Ora, como já foi demasiadamente demonstrado ao longo deste presente texto, o artigo 19 do Marco Civil da Internet é plenamente

inconstitucional, não havendo que se falar na exigência de uma prévia notificação judicial para, só então, o provedor de aplicações de Internet ser responsabilizado pelos danos causados a seus usuários.

Todavia, é pertinente o seguinte questionamento: se o artigo 19 é inconstitucional, qual seria a solução jurídica adequada para proteger todos os direitos da personalidade daquele que foi afetado pelo conteúdo ilícito?

Para responder tal questionamento, é deveras salutar deixar claro que o objetivo da declaração de inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet é fazer valer o direito já garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja, aquele previsto em seu artigo 5º, inciso X (BRASIL, 1988), pois os direitos da personalidade daqueles que residem em território brasileiro são invioláveis, não havendo que se falar em uma violação promovida pela própria legislação em pleno vigor.

Diante dessa questiúncula, a solução mais adequada para proteger os direitos da personalidade daqueles que forem ofendidos por conteúdos publicados por terceiros nas plataformas digitais, seria a de fazer voltar o sistema já consagrado pelo ordenamento jurídico anteriormente ao Marco Civil da Internet, qual seja, o sistema de *notice and take down* em detrimento do *judicial notice and take down*. Com a aplicação daquele primeiro, bastaria que o próprio usuário, ao vislumbrar que teve sua honra, sua imagem, sua intimidade ou sua vida privada violada, emitir uma notificação extrajudicial ao provedor de aplicações para que este buscasse remover ou tornar o conteúdo indisponível no prazo estipulado, como bem ressaltado por CAPANEMA (2017, p. 121-122):

> Com a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 19 e 21 do Marco Civil pelos motivos ora expostos, se propõe a aplicação da responsabilidade baseada no modelo do *notice and takedown*, ou seja, o provedor de aplicação, uma vez notificado pela vítima para a indisponibilização do conteúdo lesivo, só será

> responsabilizado civilmente se não atendê-lo no prazo por ele indicado. Não haveria a necessidade de judicialização apenas para a configuração da responsabilidade. O consumidor-usuário, portanto, estaria livre desse pesado ônus trazido pela lei.

Nesse sentido, com a aplicação do sistema acima elencado, todos os empecilhos trazidos pelo artigo 19 do Marco Civil da Internet restariam evaporados do mundo jurídico pátrio, posto que o usuário de Internet não precisaria promover uma ação judicial e dispender recursos para ter o direito constitucional referente à personalidade observado e garantido.

De resto, desafortunadamente, caso o artigo 19 do Marco Civil da Internet se mantenha como um dispositivo constitucional no sistema normativo brasileiro, o que estará a ocorrer é um claro privilégio dos provedores de aplicações de Internet, segundo palavras de CAPANEMA (2017, p. 122):

> As normas da Lei 12.965/2014 que tratam da responsabilidade civil são inconstitucionais e não estão em consonância com o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor.
> São artigos que exigem, para a configuração do dano, a judicialização, trazendo ônus para o usuário ofendido e, ainda, estimulando a desídia por parte dos provedores de aplicação.
> O Marco Civil, saudado como uma lei inovadora e avançada, esconde, nos artigos aqui comentados, a sua real intenção, a de privilegiar os provedores de aplicação.
> É preciso, portanto, salvaguardar os interesses dos usuários-consumidores nessa nova realidade tecnológico, em que estão cada vez mais hipossuficientes.

Portanto, finalmente, como fora devidamente demonstrado ao longo de todo o presente trabalho, é deveras cristalino como a luz do meio dia que o artigo 19 do Marco Civil da Internet merece ter sua inconstitucionalidade declarada em sua integralidade pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do eventual julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP, em razão de privilegiar direitos constitucionais em detrimento de outros, bem como por possuir um salutar caráter de retrocesso social ao esbarrar no Código de Defesa do Consumidor e se exigir que o usuário, a parte vulnerável na relação jurídica que possui para com o provedor de aplicações de Internet, promova uma demanda judicial e aguarde um extenso tempo para que obtenha, com sucesso, a remoção do conteúdo reputado ilícito.

CONCLUSÃO

O aspecto histórico da Internet revela sua clara evolução em tão pouco tempo, levando apenas cerca de 30 (trinta) anos para tomar grandes proporções, com um crescente progresso nos últimos 15 (quinze) anos. Tal evolução ocorreu tanto no aspecto nacional quanto no que se refere ao âmbito mundial, o que ensejou a conexão de toda a população mundial, ocorrendo a troca de informações entre as mais variadas culturas espalhadas pelo globo terrestre.

Com essa expansão da Internet, tornou-se apenas questão de tempo até o momento em que ocorresse a regulamentação desse ambiente virtual, em razão dos diversos cometimentos de ilícitos no mundo digital, sejam penais ou civis. Ademais, diante desses ilícitos, as figuras dos provedores de conexão e de aplicações de Internet possuem extremada relevância, tendo em vista que, a depender do caso concreto, eles serão as pessoas responsabilizadas pelos conteúdos gerados por terceiros que sejam usuários em suas plataformas.

No que tange aos regramentos atinentes à rede mundial de computadores, é notório que o Marco Civil da Internet foi, basicamente, o primeiro instrumento normativo que instituiu diversos

pilares bases para a proteção dos usuários de Internet frente aos seus respectivos provedores, em que pese outros diplomas tenham sido aplicados ao longo dos anos, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor para responsabilizar os provedores, aliadas a uma interpretação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de conferir, antes da existência do Marco Civil da Internet, o sistema conhecido como *notice take and down*. Além disso, existem outras legislações referentes ao Direito Digital, isto é, a Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei Carolina Dieckmann.

De mais a mais, ao se analisar, por meio do direito comparado, a responsabilidade cível existente em outros países relativamente ao vínculo jurídico entre usuários de Internet e seus provedores de aplicações de Internet, foi possível perceber que, em países como a França, Alemanha e Itália, fora adotado um sistema de remoção do conteúdo publicado por terceiros quando ficar constatada a ocorrência de uma violação manifesta aos direitos do ofendido. Ou seja, o provedor de aplicações somente será responsabilizado quando este se mantiver inerte diante de uma notificação extrajudicial para a retirada, em tempo hábil, do conteúdo reputado ilícito.

Em território brasileiro, tal disposto, como visto ao longo do trabalho no artigo 19 do Marco Civil da Internet, clama pela necessidade de propor uma ação judicial para que, só após uma notificação judicial, o ofendido consiga ter o conteúdo removido. Enquanto isso, ainda no caso brasileiro, o provedor de aplicações somente será responsabilizado se ignorar a ordem emanada pelo Poder Judiciário.

Diante desse diapasão, fica mais do que cristalino que, além de dispender recursos econômicos para uma ação judicial, o ofendido também deverá aguardar até o juiz proferir uma notificação judicial, o que acarretará uma extensão do vilipêndio maior ainda, e, em que pese o provedor remova o conteúdo, sua imagem já foi afetada negativamente.

Com a análise jurisprudencial e de diversas publicações científicas neste presente trabalho, aliada à sondagem do direito comparado, não pairam dúvidas de que o artigo 19 do Marco Civil da Internet possui

vício de constitucionalidade material, haja vista contrariar a previsão dos direitos da personalidade na própria Constituição da República Federativa do Brasil, mais especificamente em seu artigo 5º, inciso X, ignorando a ofensa sofrida pelos usuários das plataformas de Internet.

Ademais, após a imperiosa declaração de inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.037.396, o Brasil deve voltar a adotar o entendimento jurisprudencial já outrora consolidado, qual seja, o sistema de *notice take and down*, bastando a mera notificação extrajudicial e uma violação manifesta dos direitos da personalidade para a remoção imediata do conteúdo ilícito. Para mais, é integralmente inaceitável que existam normas jurídicas na legislação brasileira que permitam um privilégio de princípios constitucionais sobre outros, não havendo que se falar em hierarquia constitucional nesse sentido.

Portanto, enquanto esse lapso temporal não finda, só resta ao ordenamento jurídico pátrio aguardar a decisão pelo Supremo Tribunal Federal concernente à flagrante inconstitucionalidade do dispositivo em comento.

REFERÊNCIAS

47 U.S. Code § 230 - Protection for private blocking and screening of offensive material. **Legal Information Institute**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230. Acesso em: 14 out. 2022.

A Brief History of NSF and the Internet. **National Science Foundation**. Disponível em: https://www.nsf.gov/news/news_summ.jsp?cntn_id=103050. Acesso em: 12 out. 2022.

ABREU, Karen Cristina Kraemer. **História e usos da Internet**. Biblioteca Online de Ciências da Comunicação. [s.l.]: Editora, 2009.

AEPPEL, Timothy. Million Users: The Making of an 'Angry Birds' Internet Meme. **The Wall Street Journal**. Publicado em: 20/03/2015. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/BL-REB-31381. Acesso em: 12 out. 2022.

ALVARES, Alonso Santos; NOVAIS, Renato. Responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais. **Migalhas**. Publicado em: 22/03/2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/362098/responsabilizacao-penal-da-pessoa-juridica-em-crimes-ambientais. Acesso em: 16 out. 2022.

BIOLCATI, Fernando Henrique de Oliveira. **Internet, Fake News e Responsabilidade Civil das Redes Sociais**. São Paulo: Almedina, 2022.

BISNETO, Pedro Luiz O. Costa. **A História da Internet**. [s.l.]: [s.n.], 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

_____. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 6 jun. 2022.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

_____. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponivel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

_____. Projeto de Lei nº 11.252, de 2018. **Aborda sobre a responsabilidade penal dos provedores de acesso à rede mundial de computadores - Internet e dos provedores de conteúdo ou informações**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/

prop_mostrarintegra?codteor=1843918&filename=SBT+1+CCTCI+%-3D%3E+PL+11252/2018. Acesso em: 16 out. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 116452/RJ**. Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo de Direito da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília/DF, 10 de junho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.316.921/RJ**. Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília/DF, 26 de junho de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.037.396/SP**. Recorrente: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Recorrido: Lourdes Pavioto Correa. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília/DF, 2 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema 987**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987#:~:text=19%20da%20Lei%20n.,atos%20il%C3%ADcitos%20praticados%20por%20terceiros. Acesso em: 13 nov. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelante mesmo do Recorrido**; Recorrente/recorrido: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Recorrido/recorrente: Lourdes Pavioto Correa. Piracicaba, 11 de dezembro de 2015.

CAPANEMA, Walter Aranha. **A Responsabilidade Civil na Internet: Uma Análise da Lei 12.965/2014**. Revista da EMERJ, v. 20, n. 78, Rio de Janeiro: [s.n.], 2017.

CEROY, Frederico Meinberg. Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet. **Migalhas**. Publicado em: 25/11/2014. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/211753/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet. Acesso em: 13 out. 2022.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. **A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet**. Revista de Direito do Consumidor, v. 24, nº 99, São Paulo: RT, 2015.

Direito Digital: quais são as leis que regem a internet no Brasil e no mundo?. **BugHunt**. Publicado em: 07/06/2022. Disponível em: https://blog.bughunt.com.br/direito-digital/. Acesso em: 14 out. 2022.

DUTRA, Maristela Ap.; SILVA, Lorena Jaqueline. **A responsabilidade civil dos provedores de internet diante de comentários ofensivos inseridos por terceiros nas redes sociais à luz do marco civil da internet**. Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 20, n. 19. [s.l.]: [s.n.], 2016.

ELON UNIVERSITY. **1870s – 1940s: Telephone**. Disponível em: https://www.elon.edu/u/imagining/time-capsule/150-years/back-1870-1940/. Acesso em: 12 out. 2022.

ELON UNIVERSITY. **1890s – 1930s: Radio**. Disponível em: https://www.elon.edu/u/imagining/time-capsule/150-years/back-1890-1930/. Acesso em: 12 out. 2022.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes; LISBOA, Roberto Senise. **A responsabilidade civil dos provedores de internet pela supressão de notícias falsas sobre saúde pública**. Revista de Direito do Consumidor RDC 130, São Paulo: RT, 2020.

FRANÇA. **Code électoral**. França. Tradução: Érica de Cássia Ramos da Cruz. Texto original disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000037850615/2018-12-24. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. **Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004**. França. Tradução: Érica de Cássia Ramos da Cruz. Texto original disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496DC.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. **Décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018**. França. Tradução: Érica de Cássia Ramos da Cruz. Texto original disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018773DC.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. **Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020**. França. Tradução: Érica de Cássia Ramos da Cruz. Texto original disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. **Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique**. França. Tradução: Érica de Cássia Ramos da Cruz. Texto original disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000045292730. Acesso em: 20 out. 2022.

GUIMARÃES, Marco Jorge Eugle. Uma abordagem crítica ao PL 741/2015 – a responsabilização penal dos provedores de aplicações à Internet. **Digital Rights**. Publicado em: 19/05/2017. Disponível em: https://digitalrights.cc/blog/2017/05/19/uma-abordagem-critica-ao-pl-7412015-a-responsabilizacao-penal-dos-provedores-de-aplicacoes-a-internet/. Acesso em: 16 out. 2022.

Internet. **Dicio**. Disponível em: https://www.dicio.com.br/internet/. Acesso em: 13 out. 2022.

INTERNET GROWTH STATISTICS. **Internet World Stats**. Disponível em: https://www.internetworldstats.com/emarketing.htm. Acesso em: 12 out. 2022.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597026443. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026443/. Acesso em: 19 out. 2022.

KLEINA, Nilton. A história da Internet: a década de 1990 [infográfico]. **Tecmundo**. Publicado em: 12/05/2011. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/infografico/10054-a-historia-da-internet-a-decada-de-1990-infografico-.htm. Acesso em: 12 out. 2022.

LEITE, George S.; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 9788522493401. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493401/. Acesso em: 17 out. 2022.

LEONARDO, António José F.; MARTINS, Décio R.; FIOLHAIS, Carlos. **A telegrafia eléctrica nas páginas de "O Instituto", revista da Academia de Coimbra**. Revista Brasileira de Ensino de Física, v. 31, nº 2, [s.l.]: Editora, 2009.

LIMA, Caio César C. Você conhece as principais leis do Direito Digital e Eletrônico?. **Jusbrasil**. Publicado em: 21/04/2015. Disponível em: https://caiocesarlima.jusbrasil.com.br/artigos/182558205/voce-conhece-as-principais-leis-do-direito-digital-e-eletronico. Acesso em: 14 out. 2022.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. **A Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicação de Internet por Conteúdo Gerado por Terceiro Antes e Depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: [s.n.], 2015.

LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. **A vulnerabilidade do Consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet**. [s.l.]: Revista de Direito do Consumidor, 2015.

MABEE, Carleton. Samuel F.B. Morse. In: **Encyclopedia Britannica**. United States of America, 2022. Disponível em: https://www.britannica.com/biography/Samuel-F-B-Morse. Acesso em: 12 out. 2022.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Vulnerabilidade e responsabilidade civil na internet: a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil**. Revista de Direito do Consumidor, ano 30, vol. 137, São Paulo: Editora RT, 2021.

MULLER, Nicolas. O começo da internet no Brasil. **Oficina da Net**. Publicado em: 23/04/2008. Disponível em: https://www.oficinadanet.com.br/artigo/904/o_comeco_da_internet_no_brasil. Acesso em: 13 out. 2022.

MUÑOZ, Alfonso Galán. **A responsabilidade penal dos provedores de serviço na internet pela divulgação de conteúdos ilícitos: uma reflexão inicial sobre o regime espanhol e o brasileiro**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 6, n. 11, [s.l.]: [s.n.], 2014.

Privatização - Federais - Telecomunicações. **BNDES**. Atualizado em: 25/06/2009. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-encerrados/Privatizacao-Federais-Telecomunicacoes. Acesso em: 14 out. 2022.

Provedor. **Dicio**. Disponível em: https://www.dicio.com.br/provedor. Acesso em: 13 out. 2022.

ROSER, Max; RITCHIE, Hannah; ORTIZ-OSPINA, Esteban. **Internet**. 2015. Disponível em: https://ourworldindata.org/internet. Acesso em: 12 out. 2022.

ROSSETTO, Guilherme Ferreira; ANDRADE, Henrique dos Santos; BENATTO, Pedro Henrique Abreu. **A responsabilidade dos provedores de aplicações no Marco Civil da Internet: reflexões sobre a viabilidade da medida com foco nos problemas que assolam o poder judiciário**. Revista de Direito Privado, vol. 69, ano 17, São Paulo: RT, 2016.

Saiba o que é a neutralidade da rede e como ela pode afetar os internautas. **Tilt UOL**. Publicado em: 28/10/2013. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2013/10/28/saiba-o-que-e-neutralidade-da-rede-e-como-pode-afetar-os-internautas.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

SALVADOR, João Pedro Favaretto; GUIMARÃES, Tatiane. O Artigo 19 do Marco Civil da Internet merece uma audiência pública. **FGV**. Publicado em: 15/06/2022. Disponível em: https://portal.fgv.br/en/node/26193. Acesso em: 13 nov. 2022.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **A responsabilidade civil dos provedores em face dos consumidores de produtos e serviços contratados no ambiente virtual: a relevância do Marco Civil da Internet regulamentado pelo Decreto Federal 8.771/2016**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 10, ano 4, São Paulo: RT, 2017.

STROPPA, Tatiana; CARVALHO, Letícia Redis; GRINGS, Maria Gabriela; ROXO, Tatiana Bhering; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. A seção 230 do CDA e o artigo 19 do Marco Civil da Internet. **Conjur**. Publicado em: 04/05/2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-04/direito-digital-secao-230-cda-artigo-19-marco-civil-internet#_ftn5. Acesso em: 14 out. 2022.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596946. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596946/. Acesso em: 15 out. 2022.

Telégrafo. **Mundo Educação**. Disponível em: https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/telegrafo.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

The incredible growth of the Internet since 2000. **Solarwinds Pingdom**. Publicado em: 22/10/2010. Disponível em: https://www.pingdom.com/blog/incredible-growth-of-the-internet-since-2000/. Acesso em: 12 out. 2022.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **O CDC e a responsabilidade do provedor de acesso à internet**. Direito e Desenvolvimento, ano 1, [s.l.]: [s.n.], 2010.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet e a Proteção da Imagem**. São Paulo: RJLB, 2018.

CRIPTOMOEDAS E O DIREITO TRIBUTÁRIO: PERSPECTIVAS DE REGULAMENTAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

Gabriel Alexandre Lenza Melo[89]

Andrezza Gaglionone Passani[90]

RESUMO

O avanço da globalização e das novas tecnologias, trouxeram à tona a necessidade de uma modernização do sistema monetário, para que fosse capaz de acompanhar a sociedade, mantendo a proteção e segurança dos cidadãos, a fim de garantir a confiança da sociedade no mundo virtual. Assim, o artigo analisa, sob a ótica do Direito Tributário, a regulamentação das criptomoedas e os seus benefícios. Para isso, explorou-se o conceito de criptomoedas, a relação com o direito tributário, o conceito de tributo e obrigação tributária, o posicionamento do Banco Central, a natureza jurídica e a possibilidade da sua utilização em alguns crimes, como o de evasão fiscal, assim como demonstrar os benefícios da regulamentação, a qual fornece uma segurança jurídica aos investidores, transformando as transações de criptoativos mais confiáveis.

Palavras-chave: Criptomoeda. Regulamentação. Segurança Jurídica. Tributação.

89 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Euro Americano – UNIEURO;

90 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unieuro, pós-graduada em Direito Público e Direito Civil e Processual Civil (Universidade Cândido Mendes); Servidora do TJDFT na função de Coordenadora da Central de Apoio aos Núcleos Virtuais de Mediação e Conciliação - CANUMEC; Conciliadora Judicial desde 2005; Mediadora certificada pelo ICFML - Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Instrutora de Mediação certificada pelo CNJ. Instrutora de Mediação Judicial e Conciliação pelo TJDFT; Instrutora e conteudista do curso "Resolução de Conflitos para Representantes de Empresas", promovido TJDFT; Coautora do livro "Resolução de Conflitos para Representantes de Empresas", editado pela UNB. Docente do Curso de Direito nas disciplinas de Direito do Consumidor, MASC e Direito Civil no Centro Universitário Unieuro.

INTRODUÇÃO

A regulamentação das criptomoedas é uma atividade ainda em desenvolvimento e sua aplicação bem definida no sistema legislativo é necessária para uma evolução segura do sistema monetário nacional e mundial, visto que o surgimento destes ativos inovou o mercado financeiro, trazendo paralelamente diversos impasses a respeito de uma legislação específica que abordasse as operações com criptoativos.

Neste contexto, a carência de normas específicas gera insegurança jurídica, prejudicando o crescimento deste mercado tão promissor, pois enquanto alguns defende a liberdade financeira gerada por esses criptoativos, outros demonstram descontentamento com as possibilidades de fraudes e atividades ilícitas geradas pela ausência de regulamentação.

Assim, no atual cenário brasileiro seria inadequado encobrir a falta de regulamentação responsabilizando exclusivamente o Poder Legislativo, em razão da leniência ao tratar do assunto, visto que o assunto é de extrema complexidade carecendo até mesmo de uma categorização jurídica a respeito de quais classes estão inseridos, moedas fiduciárias, mercadorias, ativos financeiros ou um sistema de pagamento.

Portanto, a ideia central deste artigo versa sobre criptomoedas, possuindo como problemática a preocupação com a regulamentação e a segurança jurídica do tema supra referido dentro do Direito Tributário.

1. CONCEITO DE CRIPTOMOEDAS NOS DIAS ATUAIS

A humanidade sempre passou por constantes modificações em decorrência das necessidades individuais que são exauridas por meio de trocas. As primeiras moedas surgiram para aperfeiçoar este sistema. A primeira surgiu na Lídia, hoje conhecida como Turquia, no Século VII a.c., que com o passar do tempo surgiram através de recibos escritos

as células de papel que eram muito mais seguras de transportar do que as moedas feitas de matérias preciosos. A necessidade de armazenar o dinheiro com segurança deu origem aos bancos. Portanto é nítido que a constante evolução do sistema monetário está ligada à praticidade e segurança para realizar operações financeiras (CASA DA MOEDA DO BRASIL).

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

O processo de globalização a cada dia aumenta a transformação digital do sistema econômico, a exemplo disto temos a utilização dos recursos financeiros, que cada vez mais estão sendo utilizados por meio digital, em um ambiente denominado virtual, no qual não há a circulação da moeda na sua forma física e dispensa os intermediários financeiros, não havendo a necessidade de um banco para assegurar ou validar a operação (CASTELLO, 2019).

Nesse contexto, no qual as criptomoedas são desenvolvidas por meio de algoritmos tecnológicos através de um protocolo de informática, conhecido como *blockchain*. Bernardes e Silva (2020, p. 25) afirmam que:

> A criptomoeda não é emitida pelo Estado, mas sim por um programa de computador que lança algoritmos para que os computadores, por meio de cálculos matemáticos, minerem a moeda digital liberando blocos de Bitcoin na Blockchain. Esta última é exatamente a tecnologia que torna segura a intitulada mineração e o uso da Bitcoin. É uma espécie de livro público de registro das moedas digitais e sua segurança é garantida pela criptografia, tudo sem controle público através do sistema financeiro dos países.

De acordo com Flores (2017, p. 153), esta tecnologia serve para proteger seu fluxo transacional, assim elas são de forma simplificada ativos digitais que funcionam como meio de escambo. As moedas virtuais foram descobertas muito antes do surgimento do atual sistema descentralizado de negociação, as primeiras moedas faziam parte de sistemas fechados e centralizados criados por *players* para bonificar outros usuários e possibilitar compras em jogos de mesma plataforma.

A criação da internet foi o marco inicial de uma nova era no mundo tecnológico que impera em todas as áreas, sendo uma delas o mercado de ativos financeiros que vem gerando diversos debates sobre as criptomoedas no sistema financeiro. Diretamente influenciado pelo movimento *Cypherpunks*, que se opunham ao poder exercido pelo estado sobre as instituições financeiras centralizadas, buscando através da criptografia modificar o sistema político-social e defender a liberdade dos indivíduos contra o controle estatal (COSTARDI, 2021; NARAYANAN, CLARK, 2017).

Assim, o *bitcoin*, criado em 2008, por Satoshi Nakamoto, foi o primeiro criptoativo que surgiu nos meios virtuais, publicado em um fórum virtual chamado *Cypherpunk*, com suas instruções de funcionamento e uso, sem a menor perspectiva de sucesso. Segundo Ulrich (2014, p. 97), baseava-se em estudos de criptografia e códigos de programação tendo como intuito um sistema de compra e venda independente e descentralizado dos poderes estatais, adotando o princípio do anonimato, praticidade e segurança, pois não necessitava do intermédio de bancos ou terceiros em suas negociações, sendo irrastreável.

O surgimento das criptomoedas revolucionou tanto o sistema econômico mundial, como também político-social, afetando diretamente a relação entre Estado e indivíduo, visto que com a ausência de regulamentação e incidência de tributo inovou o sistema de investimento mundial com uma rápida ascensão hoje atingindo preço exorbitantes no mercado de ativos com uma oferta limitada e grande procura.

Estas características da moeda atraíram várias pessoas no mundo online, que a comercializavam em grupos pequenos, mas de forma positiva. Desde 2011 a 2013, o *bitcoin* começou a atingir preços em torno de $1 (um dólar) até $266 (duzentos e sessenta seis dólares). Pelo fato de ser baseado no sistema de oferta e procura, por sua produção limitada, nos anos de 2018 a 2021 conseguiu atingir o valor de $21.000 (vinte e um mil dólares) e nos dias atuais, o valor fica em torno de R$ 135.364,78 (cento e trinta e cinco mil, trezentos e sessenta e quatro reais e setenta e oito centavos).

1.1.1 CRIPTOMOEDAS NO CENÁRIO MUNDIAL

A origem das criptomoedas está profundamente ligada à crise financeira de 2008, o que desregulou a economia mundial. Assim, em 2008, a criptomoeda, conhecida como *bitcoin* desenvolvida por um indivíduo ou um grupo chamado pelo pseudônimo de Satoshi Nakamoto, foi anunciada através de um software de código aberto em um fórum de discussão na internet, com o documento intitulado como "Bitcoin: Um Sistema de Dinheiro Eletrônico *peer-to-peer*" (CUNHA FILHO, 2019, p. 40).

Atualmente, apresentam um alto valor, promessa de lucro rápido e o fato de serem irrastreáveis mundialmente, o que acaba trazendo mais visibilidade e gerando diversas dificuldades, principalmente no que concerne a crimes virtuais, que podem ser cometidos com o uso de vários vírus. (CUNHA FILHO, 2019, p. 54-55)

Além disso, as criptomoedas geram preocupações em diversos países, pois por ser uma tecnologia relativamente nova, ainda não possui regulamentações efetivas por parte do Estado. O que de certa forma gera uma insegurança jurídica em casos de crimes tributários e virtuais, que são bastante comuns, principalmente para lavagem de dinheiro dado a impenhorabilidade no meio judicial.

O Japão é um dos principais países a ser citado em relação à regulamentação, pois o *bitcoin* possui um status legal no país, assim

como o *bitcoin* é compreendido como um sistema de pagamento que equivale ao das moedas convencionais (SAMPSON, 2017, p. 5). Segundo Castello (2019) a União Europeia, ao contrário do Japão, acredita que é necessário a regulação das criptomoedas e não autoriza sua utilização como método de pagamento.

1.1.2 CRIPTOMOEDAS NO ÂMBITO BRASILEIRO

No Brasil, as criptomoedas chegam um ano após a primeira transação realizada com *Bitcoin*, com o crescimento desses criptoativos, foi necessária a criação de uma *exchange*, que consiste em empresas com funções parecidas com as de corretora de valores brasileiros, entretanto, essas são de moedas digitais, em 2011, expandindo ainda mais o mercado de criptomoedas brasileiro, com seu pico em 2017 (TORRES, 2020, p. 42).

Assim, no Brasil a Instrução Normativa Brasileira n. 1.888 publicada pelo Ministério da Economia em 2019, trouxe uma definição de criptoativo no seu artigo 5º, inciso I:

> Art. 5º. Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:
> I – criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal.

De acordo com Domingues (2020, p. 27), a Instrução Normativa 1.888, também estabeleceu a obrigatoriedade da prestação de

informações acerca das operações realizadas de compra e venda que fossem feitas com criptomoedas.

Atualmente, no Brasil, entrou em vigor a Lei 14.478 que determinou as diretrizes para a regulamentação do setor das criptomoedas, essa lei teve origem com o projeto de lei (PL 4401/21). De acordo com art. 3º da Lei nº 14.478/2022, um ativo virtual é:

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento, não incluídos:
> I - moeda nacional e moedas estrangeiras;
> II - moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013;
> III - instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; e
> IV - representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros.

1.2 DEFINIÇÃO DO TERMO MOEDA

Para os economistas, a moeda pode exercer três funções, sendo a primeira como um meio de troca, podendo ser utilizada em troca por serviços ou bens. A reserva de valor, sua segunda função pode ser compreendida como a manutenção do poder de compra ao longo do tempo. Já a sua função de unidade de medida está relacionada ao fato de uma medida quantitativa que serve de parâmetro para cotar bens e serviços em uma mesma unidade monetária (TORRES, 2020, p. 10).

Torres (2020, p. 11), ainda acrescenta que a moeda é uma construção social baseada no funcionamento da máquina estatal, fabricada e lastreada em ouro, prata ou outros materiais valiosos feitos para ser utilizada no escambo, acompanha a humanidade desde os primórdios.

Hoje em dia existe a moeda fiduciária que não possui valor expressivo em suas matérias e composição, mas possui aceitação garantida por lei. Quando são regulamentadas por meio de leis, torna-se mais fácil a criação de objetivos e controlar a política monetária funcionando como um contrato entre o Estado e a sociedade que estipula uma forma de cobrar e receber tributos de forma universal.

Na legislação brasileira, a moeda e o Estado são elementos inseparáveis, posto que a emissão de moeda é competência da União, sendo essa delegada ao Banco Central, tornando-se assim o responsável pela confecção e controle do sistema de câmbio brasileiro, conforme o disposto nos Arts. 21 e 164 da Constituição Federal da República Brasileira.

Portanto, fica nítido que as criptomoedas são totalmente distintas juridicamente das moedas físicas, tendo o Banco Central se manifestado através do Comunicado nº 31.379/17, informando os riscos das negociações e a falta de normas que deliberassem sobre a compra, venda e armazenamento das moedas virtuais (MARTINS; SANTOS, 2022, p. 145).

1.3 FUNCIONAMENTO DAS CRIPTOMOEDAS

Segundo Moslavac (2019, p. 219-220), as criptomoedas não são objetos físicos, mas sim codificações virtuais criptografadas existentes apenas no mundo virtual, adquiridas por compras realizadas na internet utilizando o sistema P2P (*Peer-To-Peer*/Ponto a Ponto), que funcionam por transferências via rede sem a necessidade de um servidor central, o que possibilita que cada computador de usuário conectado à rede funcione como um servidor.

Sua base de funcionamento são os *blockchain* que desempenham a gestão e funcionamento de toda a estrutura das criptomoedas. O *Bitcoin* foi o pioneiro e todas as outras moedas se baseiam em sua estrutura, que é muitas vezes aperfeiçoada para uma diferente aplicação. O *blockchain* é gerido por nós (node) que são computadores de usuários conectados à rede que conversam entre si gerando uma imensa base de dados descentralizada e independente (FLORES, 2022, p. 15).

A tecnologia de *Blockchain*, também conhecida como "protocolo de confiança", nada mais é do que um "livro contábil" que revolucionou o sistema das criptomoedas, pois eliminou a necessidade de qualquer entidade ou poder estatal nas negociações. Segundo Flores (2022, p. 15-16), a *blockchain* é responsável por tornar as operações financeiras seguras e confiáveis, visto que tornam consistentes e imutáveis os dados das moedas e transações, que são verificadas e registradas a cada tempo determinado em um "bloco" que são ordenados em cadeias sequenciais que são integradas constantemente ao sistema, resolvendo o problema do gasto duplo.

O que tornou esta tecnologia tão inovadora é a maneira como a criptografia é utilizada no sistema, para permitir que tudo funcione sem a necessidade de um intermediário, pois existe um consenso da maioria que para evitar o controle de um ente central tomam as decisões em grupos que delimitam quais informações são adicionadas no *Blockchain*, tornando as criptomoedas independentes do Estado, pois sua emissão não depende da validação de nenhuma instituição financeira governamental, visto que é baseado em três pilares básicos, descentralização, transparência e imutabilidade (LAMOUNIER, 2019).

Ainda sobre a tecnologia Blockchain, Marinho e Ribeiro (2017, p. 151) elucidam que:

> A tecnologia de Blockchain pode ser conceituada como um sistema de banco de dados distribuídos que funciona como um instrumento de registro que permite a transferência de valores/informações sem

> a existência de uma autoridade central de validação. Essa validação é feita de maneira compartilhada e descentralizada por meio de uma rede peer-to-peer. É como se os dados do livro-caixa da empresa fossem gravados, tivessem sua origem e conteúdo confirmados em vários computadores em rede, de maneira quase simultâneos, e uma vez introduzidos, tais dados não pudessem ser mais alterados por uma parte e o acesso ao seu conteúdo estivesse à disposição de todos os membros da rede.

Seu banco de dados é baseado em "nós" (node) espalhados em vários computadores em rede, ao contrário dos bancos de dados centralizados em uma única máquina. Os "nós" são aparelhos computadores conectados em pontos de redes transmitindo, processando e armazenando informações das transações, isto permite que qualquer computador que tenha acesso a internet possa emitir moedas e validar as transações (STELLA, 2017, p. 153-154).

Vale salientar, também, que todo este sistema é composto por "mineradores" que são responsáveis por registrar e verificar todas as transações, utilizando computadores com alto poder de processamento recebendo bonificações por cada gestão de tráfego realizada. Portanto, a segurança e confiabilidade garantida por esse sistema é o que torna a tecnologia tão inovadora e promissora, sendo adotada até por outras criptomoedas diferentes do bitcoin.

1.4 UTILIZAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

O Brasil é um país bastante tolerante em relação às criptomoedas comparado com outros países, o qual possui baixa regulamentação jurídica em relação aos ativos virtuais, tendo em vista que sua implementação é recente no mercado financeiro. Desta forma elas não são consideradas ilegais e podem ser adquiridas por qualquer

cidadão brasileiro, as plataformas de compra e venda não possuem restrições quanto às negociações.

Entretanto, em 2022 entrou em vigor a Lei 14.478/22 que regulamentou as prestadoras de serviços (corretoras) e tipifica no Código Penal os crimes de fraudes com a utilização de ativos virtuais, dispondo sobre lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro nacional.

O cenário brasileiro está disposto a inovar e aceitar a implementação de novas tecnologias no setor financeiro, por isso vem investido em ativos virtuais como o "Drex" que é um ativo financeiro similar às criptomoedas, porém vinculado ao Banco Central, destinado a substituir o dinheiro físico.

O crescimento em investimentos em criptomoedas bateu recorde no Brasil, estando entre os 5 que mais investem em criptoativos no mundo, conforme apontado pelo Coinmarketcap que é o maior monitor global de movimentações financeiras virtuais. Portanto, é nítido que o Brasil tem um futuro promissor neste mercado que está cada vez mais comum perante os brasileiros como uma forma de garantir segurança e uma reserva financeira, visto que a criptomoeda é aceita em qualquer lugar do mundo.

2. DIREITO TRIBUTÁRIO E AS CRIPTOMOEDAS

O direito tributário é conceituado como parte do Direito Público, sendo um conjunto de normas e princípios que regulam as atividades financeiras, tributos e cobranças de natureza obrigacional. Já as criptomoedas quando e relacionam com o direito tributário desenvolve várias questões complexas e desafiadoras, uma vez que este tema possui atributos únicos, visto que as criptomoedas surgiram recentemente, não se encaixando aos moldes tradicionais tributários (SABBAG, 2021, p. 1; MAZZA, 2023, p. 16).

2.1 DEFINIÇÃO DE TRIBUTO

A palavra tributo deriva dos primórdios da civilização, indicando a repartição ou a divisão de bens entre tribos, dessa forma ela não possuía um significado moral ou ético. Significando apenas os valores que uma tribo derrotada devia como tributo à vencedora, tornando-se uma imposição do vencedor sobre o perdedor (CALIENDO, 2022, p. 226-234). Segundo Schoueri (2023, p. 14-22), a existência do Estado Fiscal está intimamente relacionada à existência de tributos, pois conforme as tarefas estatais aumentam, cabe ao Estado, por meio do ordenamento, fornecer os meios para custear os seus gastos.

O conceito legal de tributo é um assunto de alta relevância tratado na Constituição Federal Brasileira de 1988, apesar da mesma não fornecer um conceito de fato, ela traz no seu art. 146, III, "a" que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. Dessa forma, atualmente, a Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, constituída como o Código Tributário Nacional (CTN), versa no seu art. 3º que o tributo é:

> Art. 3º. Toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Para Sabbag (2021, p. 45), o tributo pode ser entendido como uma prestação pecuniária, que é a obrigação de prestar dinheiro ao Estado. Entretanto, de acordo com Pinto (2012, p. 1-2) essa prestação estabelece-se em uma obrigação de custear com o pagamento de um tributo, devido a observância de determinados requisitos. Dessa forma, ele não deve ser confundido com a multa, pois o tributo tem as características de ser compulsório, instituído por meio de lei e cobrado mediante lançamento.

A exigência de ser instituído por meio de lei não origina somente do artigo 3º do CTN, mas também do princípio da estrita legalidade tributária ou princípio da legalidade tributária, que consiste no dever da lei que instituiu o tributo prever todos os seus elementos descritivos, todos os seus critérios essenciais, a fim de viabilizar a sua delimitação com exatidão (PINTO, 2012, p. 1).

Na expressão "que não constitua sanção ou ato ilícito" prevista no art. 3º do CTN, conforme Pinto (2012, p. 2), a norma quis diferenciar tributo de punição, com a finalidade de não atribuírem ao tributo o mesmo conceito de multa, que provém da imposição de uma sanção, enquanto o tributo como dito anteriormente, é uma obrigação de pagamento gerado por um fato determinado.

Já com relação ao ato ilícito, Pinto (2012, p. 2) afirma que:

> O artigo trata também de situações que a lei descreve como lícitas, ou seja, os entes tributantes só poderão considerar fatos geradores de tributos aqueles que a lei estabelece como lícitos; caso contrário, não haverá incidência de tributo.

Por fim, em relação a ocorrência de ser cobrado mediante lançamento, isto é, mediante a atividade administrativa, pode-se entender que o ente é obrigado a promover o lançamento para que seja possível cobrar determinado tributo (PINTO, 2012, p. 2).

Portanto, a determinação do conceito de tributo, de acordo com Schoueri (2023, p. 81) é relevante quando se leva em consideração que a tributação acarreta na transferência patrimonial da esfera privada para a pública.

2.2 SOBRE A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ao ser instituído o tributo, a obrigação surge através da ocorrência de um fato gerador ou da obrigação de pagar, sendo necessário observar os critérios como fato gerador, sujeitos, valor,

entre outros elementos que são fundamentais para que exista uma obrigação tributária (AMARO, 2023, p. 107).

Desta forma, gera-se uma consequência sobre o fato que preceitua uma obrigação seja ela principal ou acessória, conforme o art. 113, § 1º, 2º e 3º do CTN:

> Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
> § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.
> § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.
> § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Em conformidade com Pinto (2012, p. 51), a obrigação principal surge em decorrência de um fato gerador que tem como finalidade o pagamento de um determinado tributo, com isso a lei cria um dever para que as pessoas cumpram o que está tipificado em lei, que é o adimplemento do pagamento em dinheiro ou da penalidade pecuniária.

Desta maneira, a obrigação acessória possui algumas condutas que decorrem da obrigação principal ensejando em uma fiscalização e recolhimento do tributo mais efetiva, conforme art. 113, §2º do CTN. Assim, a obrigação tributária acessória, pode ser entendida como uma obrigação de fazer ou não fazer, não possuindo assim conteúdo pecuniário (AMARO, 2023, p. 108).

Cabe também destacar que os dois tipos de obrigações não possuem ligação direta, o que gera independência para ambas, pois muitas vezes o contribuinte terá imunidade tributária, não estando

obrigado a pagar o tributo, porém ele é obrigado a cumprir as obrigações acessórias como, escriturar os documentos e declarações, sob pena de sanção caso descumprido.

Por fim, faz necessário descrever que a hipótese de incidência que é definida por Pinto (2012, p. 51) como "a descrição genérica feita pela lei do fato gerador do tributo". Dessa forma, a hipótese de incidência pode ser compreendida como um cenário abstrato que o legislador traz a previsão legal, através de uma formulação hipotética de determinado fato gerador.

2.3 IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AS CRIPTOMOEDAS

A cobrança de tributos é uma das principais fontes de recurso do Estado, porém a sua criação deve estar prevista em lei e em conformidade com a Constituição Federal que dispõe da competência de todos os entes da federação em relação à tributação (CARVALHO e FERNANDES, 2023, p. 120).

Desta forma, a Receita Federal vendo a necessidade de uma regulamentação instituiu em 03 de maio de 2019, a Instrução Normativa nº 1.888 que obrigou a prestação de informações em relação a transação direta de ativos tanto por parte das pessoas jurídicas e físicas como pelas corretoras financeiras, conforme seus arts. 1º e 6º, inciso I e II:

> Art. 1º Esta Instrução Normativa institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).
> Art. 6º Fica obrigada à prestação das informações a que se refere o art. 1º:
> I - a exchange de criptoativos domiciliada para fins tributários no Brasil;
> II - a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil quando:
> a) as operações forem realizadas em exchange domiciliada no exterior; ou

b) as operações não forem realizadas em exchange.

Carvalho e Fernandes (2023, p. 94) ainda afirmam que é importante salientar o que está previsto no art. 5º, inciso I, da Normativa supramencionada a fim de conceituar os criptoativos para facilitar a tributação, dessa forma, fica nítido que os criptoativos agora possuem natureza jurídica de "bens imateriais" o que configura uma tributação igual a aplicada na compra e venda de um veículo.

Com o surgimento da Lei 14.478, em 21 de dezembro de 2022, que regulamenta o setor de ativos virtuais e traz nos termos do seu art. 3º, parágrafo único a garantia de que cabe ao Poder Executivo estabelecer qual o órgão seria responsável pela regulação do mercado das criptomoedas, sendo assim esta responsabilidade atribuição do Banco Central (BRASIL, 2022; CARVALHO e FERNANDES, 2023, p. 94).

Logo, as principais incidências tributárias nas operações com criptomoedas realizadas por pessoas físicas, tem como natureza do fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica com obtenção de renda ou provento. Entende-se como renda o produto, o capital, o trabalho ou a combinação de ambos, atribuindo-se a provento como acréscimos patrimoniais não compreendidos, nos termos extraídos do art. 43, inciso I e II do CTN.

Destaca-se, assim, que o surgimento efetivo de qualquer novo bem patrimonial pode configurar acréscimo como renda e fazer incidir o Imposto de Renda (IR), vejamos no art.1º do Decreto nº 9.580/18:

> Art. 1º As pessoas físicas que perceberem renda ou proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos e ganhos de capital, são contribuintes do imposto sobre a renda, sem distinção de nacionalidade, sexo, idade, estado civil ou profissão.

No entanto, conforme Carvalho e Fernandes (2023, p. 102) a tributação das criptomoedas incide de forma permanente e antecipada sobre o ganho de capital, que é a diferença entre preço de compra e de

venda, utilizado como parâmetro de tributação no imposto de renda, previsto no art. 128, §4º, inciso II, do Decreto nº 9.580/18.

Portanto, entende-se que o imposto de renda incide sobre o ganho de capital, submetendo o bem vendido à tributação, sem integrar os rendimentos que serão declarados no ajuste anual, nos termos do art. 128, §2º, do Decreto nº 9.580/18.

Assim, o valor levado em consideração para ser tributado em relação às criptomoedas corresponde ao preço de venda, sem as taxas de corretagem subtraídas pelo preço da compra que inclui a taxa de corretagem, onde no valor resultado da subtração incidirá as alíquotas progressivas (CARVALHO e FERNANDES, 2023, p. 102). O imposto de renda será analisado de maneira separada referente a cada criptomoeda, importando o valor integral para a aquisição e quais definitivamente são de titularidade do declarante, mesmo que o ativo esteja custodiado em *exchanges* ou *cold wallet.*

Outro ponto muito importante é a tributação dos mineradores que recebem a remuneração em criptoativos pelo trabalho exercido na *Blockchain*. Que pode ser resultado de serviço onde é cedido uma infraestrutura computacional objetivando a remuneração ou um autotrabalho que é o esforço desempenhado em favor do próprio prestador de serviço, sem uma relação com terceiros.

Portanto, estes dois pontos criam perspectivas diferentes quanto a tributação, pois caso se trate de uma prestação de serviço, a remuneração em criptomoeda vai ser tributada no Imposto de Renda como todos os outros rendimentos. Já no caso do auto trabalho, a tributação somente pode ocorrer na venda das criptomoedas recebidas como remuneração (CARVALHO e FERNANDES, 2023, p. 108).

2.4 CRIPTOMOEDAS E O BANCO CENTRAL

O universo das criptomoedas inovou o sistema financeiro no mundo inteiro, fazendo com que o Banco Central (BC) no dia 19 de fevereiro de 2014 emitisse o Comunicado 25.306 que alerta sobre

as atividades relacionadas às criptomoedas que não são emitidas ou garantidas pelo sistema monetário do BC. Este comunicado tem por objetivo "Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas "moedas virtuais" ou "moedas criptografadas" e da realização de transações com elas".

Inicialmente, o Comunicado 25.306 do Banco Central do Brasil traz a diferença entre as moedas virtuais e as moedas eletrônicas:

> O Banco Central do Brasil esclarece, inicialmente, que as chamadas moedas virtuais não se confundem com a "moeda eletrônica" de que tratam a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação infralegal. Moedas eletrônicas, conforme disciplinadas por esses atos normativos, são recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento denominada em moeda nacional. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais possuem forma própria de denominação, ou seja, são denominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos, e não se caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais.

Desta forma, não sendo regularizadas ou supervisionadas, inexistindo garantia quanto a valores transacionados. Porém, em 2015 o Banco Central inovou com as normas sobre a abertura de contas virtuais dispondo-se a dialogar com os sistemas de criptoativos. Entretanto em 2017 surge um novo Comunicado 31.379 que especulava os riscos para o mercado financeiro brasileiro, visto haver uma queda nas cotações das ações diante da supervalorização do *Bitcoin* no mercado mundial (BERNARDO e VITTORIA, 2021, p. 99).

Com todos estes avanços o BC resolveu instituir uma moeda digital como meio alternativo de pagamento, fato que reconstituirá o sistema monetário brasileiro, mas vale ressaltar que este modelo de moeda por mais que inspirado nas criptomoedas não são criptomoedas,

sendo uma unidade do dinheiro físico existente emitidos digitalmente por uma instituição estatal.

Portanto, atualmente é responsabilidade do BC supervisionar as prestadoras de serviços de criptomoedas e ativos virtuais, realizando auditorias e inspeções para garantir a segurança dos usuários e evitar fraudes, conforme o Decreto nº 11.563, demonstrando, assim a preocupação do BC com o mercado de criptoativos no Brasil e seus impactos positivos e negativos no sistema monetário brasileiro (BRASIL, 2023).

2.5 PLATAFORMA DREX - REAL DIGITAL

As moedas digitais emitidas pelos bancos centrais são conhecidas como CBDC (sigla em inglês para *Central Bank Digital Currency*), podem ser utilizadas como reserva de valor, que consiste na capacidade que determinados ativos têm de preservar seu poder aquisitivo ao longo prazo, quanto como meio de pagamento, assim pode ser usado como um objeto de aceitação utilizado na troca de bens e serviços (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2023).

Segundo Carvalho e Fernandes (2023, p. 39), as moedas digitais geradas e emitidas por bancos centrais diferentes das criptomoedas, são representações da moeda fiduciária em formato digital de cada país, sendo o Real Digital, a moeda digital no caso do Brasil.

O Real Digital, foi a primeira versão digital do Real foi anunciada em agosto de 2020 pelo Banco Central do Brasil (BCB) através da criação de um grupo de trabalho, que tinha como finalidade gerar um protótipo e projetar um modelo de moeda digital (CARVALHO e FERNANDES, 2023, p. 41).

Carvalho e Fernandes (2023, p. 39) ainda falam sobre as funções básicas do Real Digital, como moeda:

> O Real Digital terá, portanto, as três funções básicas de uma moeda:

> (a) será um meio de troca, na medida em que poderá ser trocada por produtos e serviços, de forma substituta ao valor do objeto trocado;
> (b) terá uma unidade de conta, pois os produtos e os serviços poderão ser cotados e comparados por ela;
> (c) será uma reserva de valor, na medida em que manterá o poder de compra ao longo do tempo, caso não seja utilizada.

Em concordância com Neto (2021), o CBDC é diferente dos criptoativos, pois trata-se de uma nova configuração de representação do real brasileiro, sendo assim emitida pela autoridade monetária nacional. Enquanto, os criptoativos são um ativo que não possuem atributos de uma moeda, assim não são meio de troca, unidade de conta e nem reserva de valor.

Sabe-se que os CBDC's são de interesse mundial, em outubro de 2020, Bahamas tornou-se o primeiro país a lançar seu CBDC oficialmente, conhecido como *Sand dollar*, após isso alguns países como o Brasil, a China, os Estados Unidos da América começaram a produzir trabalhos e até pilotos em relação às moedas digitais emitidas pelos Bancos Centrais.

Atualmente, segundo dados do Relatório de Estabilidade Financeira, v. 21, n. 2 do Banco Central do Brasil, por volta de 100 países estão envolvidos em pesquisas, estudos ou testes sobre o desenvolvimento de uma moeda digital soberana, sendo que esses países são responsáveis para além de 90% do produto interno bruto (PIB) mundial.

No Brasil, a plataforma DREX fornece informações sobre o andamento do DREX, a moeda brasileira oficial em formato digital. Esta moeda tem as mesmas características do real, tanto valor quanto recebimento, carregando as mesmas seguranças e garantias da moeda real tradicional. O DREX é regulado pelo próprio Banco Central do Brasil e emitido através somente da sua plataforma (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2023).

Com relação ao acesso a Plataforma Drex, de acordo com o Banco Central do Brasil, será necessário a ação de um intermediário financeiro autorizado, o qual será responsável por fazer a transferência do dinheiro depositado em conta para uma carteira digital do Drex, somente após esses procedimentos será possível a realização de transações digitais desses ativos de forma segura.

Apesar de não haver uma data prevista para o lançamento do Drex, em maio de 2023 foi iniciada a fase de testes da plataforma, intitulado como Piloto Drex, na qual segundo o site do próprio Banco Central Brasil, ele pretende:

> Nessa etapa, o Banco Central avaliará os benefícios da programabilidade da Plataforma Drex, um ecossistema de tecnologia de registro distribuído (*Distributed Ledger Tecnology - DLT*) multiativos onde serão simuladas operações com ativos digitais ("tokenizados") liquidadas no atacado com o Drex emitido pelo Banco Central.

Por fim, a moeda digital do Banco Central do Brasil encontra-se nos dias atuais em fase de testes, que segundo dados do BCB, a estimativa é de que a fase Piloto Drex deve se encerrar em torno de junho de 2024. Portanto, vale ressaltar, que apesar do Drex não estar efetivamente instituído, ele é uma alternativa para os tempos atuais, onde o processo de digitalização está bastante ativo.

3. LIBERDADE FINANCEIRA FRENTE AO CONTROLE ESTATAL

As criptomoedas surgiram com o objetivo de desvencilhar o sistema financeiro do poder estatal, para que assim as pessoas pudessem realizar diferentes atividades sem correrem riscos de altas taxações de impostos ou confisco por pare do poder público. A fim de gerar uma autonomia e independência aos investidores de

criptomoedas que nenhum banco ou sistema financeiro tradicional pode gerar.

Desta forma, este ativo teve um crescimento exorbitante nos últimos tempos, criando preocupações nas políticas financeiras mundiais, dado aos novos perigos que surgiram para os seus usuários, pois o sistema jurídico não acompanhou o rápido crescimento das criptomoedas e *exchanges* ocasionado várias lacunas que necessitam de regulamentação do estado para que esse universo funcione da melhor forma possível, sem que cause prejuízos as pessoas e ao poder estatal.

3.1 NATUREZA JURÍDICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Segundo Afonso, Nóbrega e Castilhos (2022, p. 447), pode-se compreender que a natureza jurídica tem por finalidade explicitar a natureza de um fenômeno da esfera jurídica, identificar a essência de determinado instituto jurídico. Assim, eles argumentam que o propósito da natureza do direito não é simplesmente descrever algo colocado no sistema, mas sim determinar o contorno normativo do conceito.

3.1.1 CRIPTOMOEDA COMO MOEDA

O senso comum entende que a criptomoeda pode ser classificada como moeda, especialmente levando em conta a sua própria nomenclatura. Todavia, é importante destacar, que o termo "moeda" é uma definição ampla, que pode definir a moeda tanto como intermediário quanto um meio de troca (WERLE, 2021, p. 354).

Dessa maneira, para que seja possível considerar algo como moeda, algumas características como durabilidade, escassez, portabilidade, divisibilidade, fácil armazenamento, fungível, uso extenso e difíceis de falsificar são os critérios que devem ser atendidos.

Segundo Silva (2016, p. 53), "a escassez é uma qualidade que está presente desde quando algumas mercadorias eram utilizadas como forma de moeda". Dessa forma, várias mercadorias, ao longo do tempo, tiveram o papel de moeda devido a sua escassez, como o sal, ferro, ouro, entre outras mercadorias.

A moeda precisa ter a capacidade de ser fracionada, possibilitando que as transações que demandam valor fracionado ou que movimentam altos valores possam ser executadas sem gastos adicionais, assim é essencial que a divisibilidade esteja presente como uma característica da moeda (CARVALHO, 2015, p. 3).

Com relação a durabilidade, Carvalho (2015, p. 3) afirma que:

> A moeda deve ser durável, isto é, deve manter suas características físicas, para que a sua condição de ser aceita de forma generalizada seja mantida e não prejudique o seu último detentor.

Para que haja confiabilidade por meio do público, a moeda deve apresentar, dentro do possível, alta dificuldade de falsificação, a fim de não possibilitar a sua reprodução de forma indevida, o que ajuda na aceitação da moeda por meio da população (CARVALHO, 2015, p. 3). Tal autor ainda versa que "a moeda deve ser durável, isto é, deve manter suas características físicas, para que a sua condição de ser aceita de forma generalizada seja mantida e não prejudique o seu último detentor".

A moeda ainda possui três importantes funções: reserva de valor, unidade de conta e meio de troca ou pagamento. Cabral (2022, p. 40) cita que a reserva de valor tem relação com o valor intrínseco do bem/objeto, assim a moeda detém a possibilidade de preservar seu poder de compra ao longo do tempo, a fim de ser usufruída posteriormente, consiste na capacidade de transferência do poder de compra da moeda do presente para o futuro.

Como unidade de conta, a moeda é utilizada como um referencial para mensurar o valor de outros objetos ou bens, sendo uma função

extremamente importante, por permitir que haja algo em comum em todas as relações entre agentes econômicos, sendo esse elo em comum a "unidade de medida monetária da economia" (CARVALHO, 2015, p. 2).

Cabral (2022, p. 40) cita que a unidade de conta, assim como a reserva de valor, está ligada a estabilidade de valor no mercado da moeda, dessa forma diz que:

> Essa característica, assim como a reserva de valor, está diretamente ligada à estabilidade no valor de mercado que o bem ou objeto possui, pois, a ocorrência de variações abruptas podem dificultar ou até mesmo impossibilitar seu uso como unidade de conta e a manutenção do poder de compra ou reserva de valor.

Já como meio de troca ou pagamento, Martins e Val (2016, p. 235) afirmam que a moeda serve como um instrumento facilitador nas transações entre vendedores e compradores, sendo essa considerada a sua função principal, dessa maneira, a moeda funciona como o meio de pagamento ou troca dado quando um indivíduo deseja comprar algum objeto, bem ou serviço.

Ainda em relação a função da moeda como meio de troca ou pagamento, Carvalho (2015, p. 2) afirma que:

> É muito mais fácil vender mercadorias e/ou serviços por moeda e, posteriormente, comprar outras mercadorias e/ou serviços pagando em moeda do que trocar coisas diretamente por coisas diferentes. A função de intermediário de trocas é uma função básica da moeda. Ao permitir que vendas e compras sejam feitas em datas diferentes, a moeda exerce a função de meio de pagamento.

Dessa forma, após serem explanadas as características e as funções da moeda, torna-se possível analisar a criptomoeda em torno destes conceitos. Assim, para que seja possível enquadrar a criptomoeda como moeda, além de cumprir as funções da moeda, também devem possuir tais características supracitadas (SILVA, 2016, p. 52).

Werle (2021, p. 356) afirma em seu estudo que a criptomoeda pode ser enquadrada como moeda, com relação às características, pois obedecem a todas elas. A autora cita como exemplo em relação à escassez, a *Bitcoin*, que são emitidos por meio de um sistema conhecido e determinado, atendendo assim a escassez essencial à moeda. Outro exemplo abordado pela autora é que graças ao seu formato digital e sua natureza informática, a criptomoeda possui como características a durabilidade, facilidade de armazenar e sua portabilidade.

Entretanto, quando os requisitos necessários são as funções da moeda, algumas divergências são apresentadas, apesar da criptomoeda funcionar como meio de troca ou pagamento, que é uma função essencial desde o seu surgimento. Elas não são consideradas como unidade de conta, pelo fato de dependerem de conversão em moeda local e não possuírem lastro.

Por fim, sobra avaliar as criptomoedas perante o conceito de reserva de valor, que conforme citado anteriormente, é a capacidade de transferência do poder de compra da moeda do presente para o futuro. Assim, apesar das criptomoedas serem uma forma de investimento e apresentarem uma expansão do seu valor por conta das especulações em torno delas, as mesmas não dispõem de salvaguarda da estabilidade do seu valor, tornando assim a sua utilização como reserva de valor incerta (WERLE, 2021, p. 353).

Portanto, ao analisarmos a criptomoeda considerando as características e funções inerentes da moeda, entende-se que apesar de possuírem as características físicas e econômicas e por meio deste critério possa ser compreendida como moeda, ela ainda não possui poder liberatório e nem curso legal, o que impossibilita o reconhecimento da classificação dela como moeda, no âmbito jurídico.

3.1.2 CRIPTOMOEDA COMO ATIVO FINANCEIRO

A definição ampla de ativo, de acordo com Werle (2021, p. 360) é tudo aquilo que pode ser considerado um conjunto de valores, bens ou créditos que algum indivíduo possui, que faz parte da propriedade de uma pessoa física ou jurídica. Já para a mesma autora, um ativo financeiro é uma espécie dentro do gênero do ativo, que se define assim por deter um valor intrínseco, podendo eximir a tangibilidade física.

Segundo Andrade (2017, p. 54), a Receita Federal do Brasil reconheceu as criptomoedas como ativo financeiro através de um pronunciamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB, assim a autora diz que:

> Em abril de 2014, a Receita Federal do Brasil estabeleceu como trataria a detenção e o uso de bitcoins e outras moedas digitais. O Brasil está tratando as moedas digitais como ativos financeiros, com a Receita Federal impondo um imposto de 15% sobre os ganhos de capital no momento da venda, no entanto, existem algumas diferenças importantes que podem ser positivas para os usuários de bitcoins no país. Aqueles que vendem menos moedas com um valor inferior a R$35.000,00, não terão de pagar o imposto. Isso significa que os usuários de bitcoin no Brasil não terão de calcular os impostos sobre ganhos de capital ao fazer pequenas compras. A Receita Federal também exige declarações de contas anuais daqueles que possuem mais de R$1.000,00 em participações em moeda digital. Em maio de 2017, a Receita Federal do Brasil incluiu a bitcoin nas instruções da declaração anual do Imposto de Renda de 2017, devendo ser declarado na Ficha Bens e Direitos como "outros bens", uma vez que pode ser equiparado a um ativo financeiro.

A Comissão de Valores Mobiliários na sua Instrução Normativa nº 175, de 23 de dezembro de 2022, no seu Anexo Normativo I, sobre os fundos de investimentos financeiros, versa em seu artigo 2º, inciso I, alínea D, que os "criptoativos, desde que negociados em entidades autorizadas pelo BCB ou pela CVM e em caso de operações com supervisor local que sejam feitas no exterior são por equiparação ou natureza entendidos como ativos financeiros.

Portanto, a natureza jurídica das criptomoedas podem se assemelhar com a dos ativos financeiros, sobretudo levando em conta que assim como alguns ativos financeiros são intangíveis, as criptomoedas também são. Ademais, a sua natureza financeira pode ser denotada pela possibilidade de possuir finalidade lucrativa. Assim, as criptomoedas poderiam ser compreendidas como bens imateriais de valor patrimonial e dessa forma equiparadas aos ativos financeiros (WERLE, 2021, p. 362).

3.1.3 CRIPTOMOEDA COMO BEM

Inicialmente, é importante salientar a definição de bem, para posteriormente encaixar ou não a criptomoeda dentro dessa definição. O conceito abordado por Orlando Gomes (2019, p. 147) trata o bem como um gênero, assim traz que:

> A noção jurídica de bem é mais ampla do que a econômica. Compreende toda utilidade, física ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito. Abrange as coisas propriamente ditas, suscetíveis de apreciação pecuniária, e as que não comportam essa avaliação, as que são materiais ou não. Todo bem econômico é jurídico, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo bem jurídico é econômico. Tomada no sentido mais claro, a palavra bem confunde-se com o objeto dos direitos; designa as coisas e ações humanas (comportamento que as pessoas podem exigir umas das outras). Em acepção

> mais restrita significa o objeto dos direitos reais, visto que os direitos pessoais consistem no poder de exigir uma prestação.

O conceito de bem abrange diversas definições e interpretações, no âmbito econômico o bem é limitado ao fato de haver carência da possibilidade de apreciação econômica, todavia, em controvérsia, os bens jurídicos detêm de maior dimensão, podendo ser caracterizado como tudo que possuir certa utilidade para um indivíduo, objeto de um direito subjetivo qualquer, assim os bens jurídicos compreendem os econômicos. Mas, em sentido jurídico e estrito, o bem pode ser compreendido como uma utilidade, que pode ser tanto física como imaterial, desde que seja objeto de uma relação jurídica, seja ela real ou pessoal (GAGLIANO e FILHO, 2023, p. 118).

Para Souza (2018, p. 59), o conceito extenso de bem, levando em consideração o reconhecimento pelo ser humano e a sua utilidade, torna impossível separar a esfera jurídica da esfera econômica, dessa forma o conceito torna-se simultaneamente jurídico e econômico. Com relação à utilidade o autor a define como:

> A utilidade é a importância dada pelo ser humano a um determinado objeto em razão de sua capacidade de reduzir um desconforto ou trazer um conforto ao ser humano. A utilidade tem dois vieses: valor de uso objetivo e valor de uso subjetivo. O valor de uso objetivo está ligado aos efeitos que um determinado objeto pode produzir. Um chocolate tem valor de uso objetivo na sua capacidade de alimentar o ser humano. Já o valor de uso subjetivo corresponde ao conforto subjetivo trazido pelo objeto ao ser humano. Um chocolate pode trazer uma sensação de alegria e prazer instantâneos ao ser humano, sorte que tem mais importância (maior utilidade) que uma maçã (note-se que o valor de uso objetivo da maçã também é alimentar). É evidente que existem pessoas que não veem no chocolate a utilidade de

> trazer alegria e prazer instantâneos e é exatamente por isso que se trata de valor de uso subjetivo. Para os fins econômicos o valor de uso subjetivo geral de um objeto corresponde ao valor de uso subjetivo médio dentre todos os seres humanos com acesso àquele bem.

Werle (2021, p. 357) afirma que para que seja possível classificar de maneira jurídica as criptomoedas como bens, é necessário que alguns requisitos sejam atendidos pelas criptomoedas, sendo eles a verificação de sua utilidade pelo ser humano, a limitação de oferta e a necessidade de valoração econômica. Dessa forma, apesar das criptomoedas possuírem várias formas de serem empregadas, como meio de pagamento, investimento, extração de renda, todas elas são uma utilidade à disposição de um indivíduo.

Por fim, o último requisito a ser tratado é a necessidade de valoração econômica, o que pode ser de acordo com Souza (2018, p. 60) verificado pelo seu preço no mercado, sendo assim o valor pecuniário atribuído a concretização da valorização dada pelos seus usuários. Portanto, pode-se afirmar que as criptomoedas possuem todos os requisitos para serem enquadradas como um bem na esfera jurídica, restando apenas estimar em qual espécie de bens elas se encaixam.

3.2 CRIPTOMOEDAS E A EVASÃO FISCAL

A obrigação tributária tem como um de seus objetivos combater a evasão fiscal. Conforme Caliendo (2022, p. 213), a evasão trata-se de uma distribuição assimétrica do dever de colaborar com os tributos de uma sociedade. Dessa forma, o autor cita ainda que:

> A evasão fiscal denota uma conduta que ofende a moralidade tributária, na medida em que se constitui em uma fuga ao dever de contribuir à manutenção de uma esfera de liberdade e igualdade. Muitos poderão

> afirmar que tal situação em momentos delimitados se constitui em uma desobediência fiscal legítima, em face dos abusos do poder tributante. Tal postura é correta em períodos nos quais a ilegitimidade de sua instituição, o arbítrio na aplicação e a imoralidade na finalidade impositiva se sobrepõem aos ditames de justiça fiscal. Não há como justificar, contudo, em uma sociedade democrática, que os apelos à legítima economia de impostos sejam justificativa a práticas que ofendem a livre concorrência e a isonomia fiscal, beneficiando alguns e prejudicando a grande maioria.

A evasão fiscal pode ser denominada também por fraude fiscal ou sonegação fiscal, ela é caracterizada por uma conduta ilícita praticada por um sujeito passivo, comumente após acontecer um fato gerador, aspirando inutilizar de forma intencional o recolhimento de certo tributo (MAZZA, 2023, p. 203). O autor ainda salienta que para que exista o crime de sonegação é necessário que exista o dolo.

Em consonância com o autor referido no trecho anterior, Bernardes e Silva (2020, p. 34) versam que a evasão fiscal nada mais é do que a omissão do pagamento ou simulação do pagamento de determinado tributo/imposto, para ocultar o fato gerador, agindo de forma dolosa a fim de encobrir os elementos do fato gerador. Dessa forma, compreende-se que o simples fato de não pagar o tributo sem intenção de fraude não constitui crime.

Bernardes e Silva (2020, p. 34) ainda citam tal exemplo sobre a evasão fiscal:

> Exemplo de evasão fiscal é quando o indivíduo, por meio fraudulento, declara valor menor a fim de reduzir a carga tributária incidente, como se verifica no exemplo de quem compra um imóvel por 1 milhão reais e em acordo com o vendedor declaram no registro de imóveis que pagou/recebeu 500 mil reais.

Atualmente, as criptomoedas são de acordo com a SRFB equiparadas a ativos financeiros, devendo assim haver a declaração do imposto de renda como bens e direitos. Com o Decreto 11.563 de 2023, houve um avanço no que diz respeito à regulação das criptomoedas, sendo o Banco Central do Brasil o responsável por regular, autorizar e supervisionar as prestadoras de serviços de ativos virtuais. Apesar disso, essa regulação ainda não ocorre de forma efetiva, o que deixa uma brecha para que seja possível burlar as regras, possibilitando a ocorrência de fraude ou sonegação.

A estrutura das transações com criptomoedas, dificulta a fiscalização estatal e proporciona a incidência de condutas ilícitas. O espaço virtual onde acontecem as transações com criptomoedas, é resguardado pela criptografia, anonimato e falta de lastro, o que aumenta a possibilidade de que as operações não sejam vinculadas ao seu verdadeiro proprietário, pois a *Blockchain* permite que o titular da criptomoeda use um nome fictício na operação registrada na *Blockchain*, assim a sua identificação depende exclusivamente da declaração do mesmo (ALMEIDA, 2022, p. 12; BERNARDES E SILVA, 2020, p. 30).

Assim, o ambiente virtual das criptomoedas torna-se propício à execução da evasão fiscal. Outro ponto importante para destaque que facilita a ocorrência de tal prática ilícita, conforme Ulrich (2014, p. 44) é o fato de que a *blockchain* não possui um servidor fixo, nem uma localidade particular que guardem as criptomoedas, pois o sistema faz uso do compartilhamento de dados de todos os seus usuários, assim não está em uma jurisdição específica.

Portanto, fica claro que há uma falha no sistema onde ocorrem as transações com criptomoedas, pois a possibilidade de anonimato do titular e a falta de localização exata permitem que ocorram as práticas ilícitas de evasão fiscal.

3.3 ATUAIS VANTAGENS DA REGULAMENTAÇÃO PARA O INVESTIDOR

A regulamentação das criptomoedas é um tema que vem sendo debatido a bastante tempo, visto o rápido crescimento do mercado dos criptoativos e a grande procura por muitos investidores.

Entretanto, até o momento não existe uma regulamentação efetiva, o que é preocupante, sobretudo pelo fato da confiabilidade e segurança deste mercado. Essa é a razão do porque muitos governos não reconhecem as criptomoedas, pois existe um ceticismo que este ativo possa prejudicar as atividades do mercado financeiro tradicional, ocasionando riscos à própria política monetária (CARVALHO e FERNANDES, 2023, p. 23).

E realmente, o fato da legislação ser muito recente dependendo de uma regulamentação pode gerar risco não somente à estabilidade financeira, mas também aos investidores. Assim, de acordo com Silva e Lech (2022, p. 119), surge a necessidade de um regulamentação e conceituação bem definida das criptomoedas, pois a evolução e implementação de novas tecnologias são necessárias para o desenvolvimento da sociedade, mas a segurança de seu uso depende de mudanças legislativas que acompanhe esse processo evolutivo.

Porém, não seria ético culpar apenas o legislativo pela lentidão ao tratar do tema, visto que atualmente não se sabe ao menos a classificação jurídica das criptomoedas, isto é, se são ativos financeiros, mercadorias ou moeda fiduciária o que demonstra que o tema além de atual e complexo (GOMES, DIAS E FROTA, 2019; SILVA e LECH, 2022, p. 119).

Desta forma, na carência de uma de uma regulamentação específica, surgiu por iniciativa do Deputado Federal Aureo Ribeiro do partido Solidariedade, do Rio de Janeiro, o projeto de Lei 4401/2021 que objetiva a alteração da previsão legal do crime de fraude em prestação de ativos virtuais e contra o sistema financeiro nacional, assim como os crimes de lavagem de dinheiro.

Portanto, o projeto de Lei supramencionado é de extrema importância, em virtude de trazer inovações em relação à matéria penal e trazer como proposta a obrigação que as prestadoras de serviços de ativos digitais reportem operações suspeitas à unidade de inteligência financeira nacional. Prevendo ainda, a prévia autorização do órgão competente como um requisito para que empresas de investimento em criptomoedas possam operar no país, conforme art. 2º do referido projeto de Lei:

> Art. 2º As prestadoras de serviços de ativos virtuais somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização de órgão ou de entidade da administração pública federal a ser indicada em ato do Poder Executivo.
> Parágrafo único. Ato do órgão ou da entidade da administração pública federal a que se refere o caput estabelecerá as hipóteses e os parâmetros em que a autorização de que trata o caput deste artigo poderá ser concedida mediante procedimento simplificado.

Por conseguinte, a elaboração deste projeto de lei demonstra um grande avanço do poder judiciário ao tratar do tema e mesmo estando, até o presente momento aguardando deliberação da Câmara, caso aprovado trará novas perspectivas para o mercado brasileiro de criptomoedas.

Vale ressaltar, ainda, que de acordo com Silva e Lech (2022, p. 119), apesar dos esforços quando se trata de compra e venda, bem como a posse desse ativos surge uma série de debates acerca da questão tributária por trás das operações com criptomoedas e por isso é necessário uma regulamentação para delimitar o que será tributado, quando e como, pois mesmo com a tentativa da Receita Federal do Brasil de orientar os contribuintes através do Manual de pergunta e respostas sobre declaração do IRPF e Instrução Normativa nº 1.888, a questão ainda é vaga e indefinida.

Visto que, muitos pontos ainda não foram observados pelo Congresso Nacional que são importantíssimos para a segurança deste mercado, como por exemplo: a separação patrimonial dos recursos da empresa prestadora de serviço de criptomoedas e os recursos investidos pelos clientes. Muitos desses pontos foram aprovados pelo Senado Federal e incluídos no PL nº 4.401/21, dando origem à Lei nº 14.478/22, que foi indeferida pela Câmara dos Deputados (CARVALHO e FERNANDES, 2023, p. 26).

Assim existem muitos outros pontos que merecem atenção, como medidas de prevenção à lavagem de capital e fraudes, combate ao financiamento ao terrorismo, entre outros que necessitam de uma manifestação jurídica urgentemente.

Por fim, este é um ponto que necessita de um olhar mais apurado por parte do legislador, tendo em vista que a inexistência de regulamentação gera insegurança jurídica, prejudicando o desenvolvimento de um mercado promissor, além de criar caminhos que desestimulam a política fiscal deixando o Brasil em desvantagem comparado a outros países que possuem regulamentação específica e modelos fiscais simplificados.

3.4 SEGURANÇA JURÍDICA NO INVESTIMENTO EM CRIPTOMOEDAS

Os investimentos em criptomoedas são protegidos através do sistema de *Blockchain* que garante a confiabilidade a transações, entretanto quando o assunto são exchanges e empresas prestadoras de serviços de ativos financeiros é importante a implementação de uma legislação específica para garantir que os consumidores não percam seus investimentos em caso de falência das *exchanges*.

Conforme o site da BBC News que divulgou a notícia da falência da segunda maior corretora de criptomoedas do mundo, a FTX, que ocorreu devido aos vários resgates financeiros, após os investidores descobrirem que a empresa usava indevidamente os fundos de

investimento dos clientes. Isto mostra que apesar do *Blockchain* garantir a transparência e segurança das transações, as *exchanges* carecem de normatização e fiscalização no exercício de suas atividades no ramo financeiro.

Vale ressaltar, também, que a Associação Brasileira de Criptomoedas (ABCripto) gerida pelas principais *exchanges* brasileiras dispõem de uma autorregulamentação em seu código de conduta para prevenir a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

Desta forma, é fundamental que em uma futura regulamentação esteja prevista obrigações e responsabilidades pertinentes aos gerenciamentos de criptomoedas, liquidez instantânea, recursos aplicados, proteção, garantia e separação dos fundos de investimentos da empresa e os dos clientes, além de mecanismos de prevenção à lavagem de capital, combate ao terrorismo e ao financiamento de armas de destruição em massa.

Pois, atualmente estes são os principais pontos que preocupam as autoridades mundiais quando o assunto são *exchanges,* visto que a *própria International Organization of Securities Commissions* – IOSCO, manifestou-se acerca de alguns pontos que merecem atenção mundial ao tratar do tema (CARVALHO e FERNANDES, 2023, p. 32).

Portanto, a proteção do investidor é baseada na decisão de alguns órgãos públicos que devem manifestar-se em relação ao funcionamento das *exchanges*, que segundo Carvalho e Fernandes (2023, p. 84), devem manifestarem de forma que em caso de falência possua capital suficiente para possíveis deliberações jurídicas com os consumidores, dado que é um risco inerente ao negócio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme evidenciado nos capítulos supramencionados as operações de criptomoedas provocam grandes debates, tanto no campo jurídico, como no tributário com posicionamentos diversos em relação a regulamentação. Trazendo à tona desafios complexos e desafiadores para a imposição de uma legislação específica que

proteja os investidores e combata diretamente atividades ilícitas, garantido juntamente uma estabilidade financeira para o mercado de criptoativos.

Deste modo, fica evidente que o potencial transformador destes ativos fica prejudicado pela não existência no ordenamento jurídico brasileiro de uma regulamentação transparente e efetiva para sanar os atuais problemas enfrentados. Entretanto, é fundamental reconhecer os esforços empreendidos pelo sistema legislativo brasileiro com a propositura de Projetos de Leis que visam sanar tais irregularidades, adaptando sua abordagem através de medidas provisórias, no intuito de gerar certa segurança aos investidores e empresas do ramo, pois os meios virtuais por serem descentralizados proporcionam distintas possibilidades de operações que não são fáceis de serem reguladas pelo sistema legislativo tradicional.

Destarte, o objetivo principal deste artigo é estabelecer os benefícios da regulamentação das criptomoedas e a segurança jurídica dentro do Direito Tributário, que é gerada através da aprovação de legislações como o PL nº 4401/2021, Lei nº 14.478 e outras, pois assim ocorre a adequação de assuntos ainda obscuros ao tratar do tema.

Situações como a utilização de *wallets* que impossibilitam a rastreamento, penhorabilidade e apreensão de criptomoedas derivadas de crimes, o que gera imensos desafios para as autoridades. Tudo isso denota a necessidade de grandes avanços legislativos capazes de abarcar as diversas situações trazendo com sigo todas as peculiaridades das criptomoedas.

Portanto, ao longo deste trabalho foi percorrido desde a história da primeira moeda até o surgimento das criptomoedas realizando-se um esforço para relacioná-las aos conceitos do Direito Tributário, de forma a evidenciar os benefícios da regulamentação, abarcando, também os desafios encontrados pelo sistema jurídico brasileiro nas relações de proteção aos investidores e combate as atividades ilícitas no mundo virtual, explorando o processo evolutivo das legislações nesta nova era apresentada.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto; NÓBREGA, Marcos; CASTILHOS, Núbia. **Criptomoedas e Moedas Digitais dos Bancos Centrais - Desafios e Perspectivas da Tributação no Brasil.** Revista Direito Público, Brasília, v. 19, n. 102, 441 - 475, 2022.

ANDRADE, Mariana Dionísio de. **Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro.** Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, p. 43-59. 2017

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro.** 25º edição. [S.l.]: Editora Saraiva, 2023.

ALMEIDA, Luiz Gabriel Meira de. **Criptomoedas e Evasão Fiscal.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Centro Universitário Christus - Unichristus, Curso de Ciências Contábeis, Fortaleza, 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Drex - Real Digital**. 2023. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/drex.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Estabilidade Financeira**, v. 21, n. 2, 2022. ISSN 2176-8102. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/publicacoes/ref/202210.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado nº 25.306**, de 19 de fevereiro de 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado nº 31.379**, de 16 de novembro de 2017.

BRASIL. **Decreto nº 11.563**, de 13 de junho de 2023. Regulamenta a Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022. Diário Oficial da União. 14 de junho de 2023.

BRASIL**. Decreto nº 9.580**, de 22 de novembro de 2018. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Diário Oficial da União. 23 de novembro de 2018.

BRASIL**. Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União. 27 de outubro de 1966.

BRASIL. **Lei nº 14.478**, de 21 de dezembro de 2022. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais. Diário Oficial da União. 22 de dezembro de 2022.

BERNARDES, Flávio Couto; SILVA, Suélen Marine. **Criptomoedas e o Planejamento Tributário. Revista de Direito Tributário e Financeiro**, v. 6, n. 1, p. 23-43, 2020.

BERNARDO, Alex Ribeiro; VITTORIA, Aline Della. **A carência de regulamentação das criptomoedas e seus reflexos na recuperação de tributos.** Revista da PGBC, v. 15, n. 2. 2021

BBC NEWS. **CRIPTOMOEDAS: o que a falência de uma das maiores empresas do mundo diz sobre futuro do setor** - BBC News Brasil. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-63593275.

CABRAL, João Marcelo Jardim. **A natureza jurídica das criptomoedas no ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

CASA DA MOEDA DO BRASIL. **Origem do Dinheiro - Casa da Moeda do Brasil**. Disponível em: https://www.casadamoeda.gov.br/portal/socioambiental/cultural/origem-do-dinheiro.html.

CASTELLO, Melissa Guimarães. ***Bitcoin* é moeda? Classificação das criptomoedas para o direito tributário.** Revista Direito GV, v. 15, n. 3, p. e 1931, 2019.

CARVALHO, André Castro; FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Manual de Criptoativos: Atualizado conforme a lei 14.478/2022.** (Coleção Ibmec São Paulo. Série Direito e Resolução de Disputas). Portugal: Grupo Almedina, 2023.

CARVALHO, Fernando. **Economia Monetária e Financeira – Teoria e Política.** 3º edição. [S.l]: Grupo GEN. 2015

CUNHA FILHO, Marcelo de Castro. **Bitcoin: uma tentativa de construção da confiança por meio da tecnologia.** Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 37-60, 2019.

CALIENDO, Paulo. **Curso de direito tributário.** 4º edição. [S.l.]: Editora Saraiva, 2022.

COSTARDI, Carla Maria de Oliveira. **THE IDEOLOGICAL BACKGROUND OF BITCOIN: the unintended, but predicted, convenience of anonymity for criminal activities.** Revista Brasileira de Ciências Policiais, Brasília, Brasil, v. 12, n. 4, p. 75–99, 2021.

DOMINGUES, Vitor. **Tributação de Criptomoedas: Uma análise sobre as possíveis hipóteses de incidência dos fatos geradores.** Brasília, 2020. 75 f. Monografia (Graduação) –Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

FLORES, Marcelo Melo. **A legislação brasileira atual e a dificuldade de tributação sobre as operações com criptoativos em redes p2p.** 2022. 71 f. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e

Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2022.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: parte geral.** v.1. 25º Edição. [S.l]: Editora Saraiva, 2023.

GOMES, Eduardo de Paiva; DIAS, Felipe Wagner de Lima; FROTA, Phelipe Moreira Souza. **Tributação de operações com criptomoedas carece de regulamentação específica.** Consultor Jurídico, São Paulo, 15 abr. 2019.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 22º Edição. [S.l.]: Grupo GEN. 2019

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. **A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, blockchain e criptomoedas como postulados de mudança.** Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, n. 3, p. 143-156, dez. 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SANTOS, James Henrique Lins Santos. **Do Combate aos Crimes Financeiros e Tributários: Singelas Contribuições para a Reforma Tributária.** Portugal: Grupo Almedina. 2022.

MARTINS, Armando Nogueira Gama Lamela; VAL, Eduardo Manuel. **Criptomoedas: apontamentos sobre seu funcionamento e perspectivas institucionais no Brasil e Mercosul.** RDIET, Brasília, v. 11, nº 1, p. 227 - 252, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário.** 9º edição. [S.l]: Editora Saraiva, 2023.

MOSLAVAC, Bruno. **Cryptocurrency tumbler: legality, legalization, criminalization.** Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Ano 11, nº 2, 2019.

NARAYANAN, Arvind; CLARK, Jeremy. **O Pedigree Acadêmico do Bitcoin: O conceito de criptomoedas é construído a partir de ideias esquecidas na literatura de pesquisa.** Fila, v. 15, n. 4, p. 20-49. 2017.

NETO, Roberto Campos. **Moeda Digital do Banco Central do Brasil.** 2021. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/RCN_Febraban%20CBDC_23.6.pdf.

SAMPSON, M. D. **Bitcoin: Explaining Variations in Regulatory Approaches. P.C.L. te Beest Political Science, International Relations and Organizations.** Leiden: Universiteit Leiden, 2017.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial.** 8º ed. [S.l.]: Grupo GEN, 2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário.** 12º edição. [S.l.]: Editora Saraiva, 2023.

SILVA, Rodrigo Morais Paim. **A evolução da moeda e a Bitcoin: um estudo da validade da Bitcoin como moeda.** 2016. 68f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

SILVA, Fabio Pereira; LECH, Tatiane Praxedes. **Tributação das Operações com Criptoativos: Uma Análise da Incidência do Imposto de Renda nas Operações envolvendo Permuta, Mineração e Recebimentos em Forks e Airdrops.** Revista Direito Tributário Atual nº 52. ano 40. p. 118-143. 2022.

SOUZA, Thiago Barra de. **Definição da natureza jurídica do Bitcoin e suas repercussões tributárias.** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Escola de Direito de Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.

STELLA, Julio Cesar. **Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas.** Revista da PGBC, v. 11, n. 2. 2017

MINISTÉRIO DA FAZENDA - SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Imposto sobre a renda da pessoa física: Perguntas e Respostas 2023.** Receita Federal. 2023. 288 p. Disponível em: https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/perguntas-e-respostas/dirpf/pr-irpf-2023.

PINTO, Fabiana Lopes**. Direito Tributário.** [S.l.]: Editora Manole, 2012.

TORRES, Natan Silva. **Bitcoin: Análise Da Criptomoeda No Mercado Brasileiro.** 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômica, Curso de Ciências Econômicas, Porto Alegre, 2020.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014, 100p.

WERLE, Taina Daniele. **Criptomoedas: Natureza Jurídica e Reflexos Tributários.** Revista Direito Tributário Atual nº 49, 39, p. 345-372. São Paulo: IBDT, 3º quadrimestre 2021.

VULNERABILIDADE SOCIOAMBIENTAL NAS COMUNIDADES INDÍGENAS NO BRASIL

Isabelle Alves Moreira de Oliveira[91]

Alexandre de Siqueira Campos Coelho[92]

RESUMO

Este estudo aborda a subvalorização das questões ambientais na sociedade contemporânea, exacerbada pela assimetria na distribuição dos impactos negativos sobre a população. Sob a ótica da justiça ambiental e dos princípios constitucionais, destaca-se a necessidade urgente de tratamento equitativo em relação aos impactos ambientais adversos que afetam diferentes segmentos da sociedade. O trabalho explora a vulnerabilidade socioambiental, revisando pesquisas recentes, contextualizando historicamente o surgimento da temática no Brasil e no mundo. O estudo também investiga a evolução constitucional e histórica dos direitos dos povos indígenas, examinando o papel do Estado, suas agências e a sociedade na proteção das terras indígenas, com ênfase na implementação efetiva desses direitos. Além disso, são analisados os danos socioambientais resultantes da garimpagem ilegal e da negligência estatal nos últimos anos. A pesquisa revela a necessidade premente de promover os direitos desses povos, apesar dos esforços nacionais e internacionais para mitigar os danos socioambientais recentes.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Vulnerabilidade Socioambiental; Terras Indígenas; Justiça Ambiental.

91 Discente do curso de Direito do Centro Universitário Euro Americano – UNIEURO.

92 Doutor e Mestre em Religião, Cultura e Sociedade pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Filosofia pela Universidade de Brasília e em Teologia pelo Centro Universitário Filadélfia. Graduando em Psicologia pelo Centro Universitário de Brasília. Pesquisador da Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal. Membro do Banco Nacional de Avaliadores do Sinaes BASis. Editor da Revista Hegemonia UNIEURO. Professor no Curso de Direito e coordenador da Comissão Própria de Avaliação do Centro Universitário Euro-Americano. Professor conteudista da Universidade Católica de Pernambuco. Professor visitante na Faculdade Teológica Batista de Brasília.

ABSTRACT

This study addresses the undervaluation of environmental issues in contemporary society, exacerbated by the asymmetry in the distribution of negative impacts on the population. From the perspective of environmental justice and constitutional principles, there is an urgent need for equitable treatment regarding adverse environmental impacts affecting different segments of society. The paper explores socio-environmental vulnerability, reviewing recent research and providing historical context on the emergence of the topic in Brazil and globally. The study also investigates the constitutional and historical evolution of indigenous peoples' rights, examining the role of the State, its agencies, and society in protecting indigenous lands, with a focus on the effective implementation of these rights. Additionally, it analyzes the socio-environmental damage caused by illegal mining and state negligence in recent years. The research highlights the pressing need to promote the rights of these peoples, despite national and international efforts to mitigate recent socio-environmental damage.

Keywords:. Environmental Law; Socio-environmental Vulnerability; Indigenous Lands; Environmental Justice.

INTRODUÇÃO

A preservação do meio ambiente tem emergido como uma das principais preocupações da sociedade contemporânea, refletindo um entendimento crescente sobre a interdependência entre os seres humanos e os ecossistemas naturais. Historicamente, a percepção da importância ambiental evoluiu de uma visão utilitarista, onde a natureza era vista principalmente como uma fonte de recursos ilimitados, para uma compreensão mais holística que reconhece a necessidade de conservação para a sustentabilidade do planeta e o bem-estar das futuras gerações.

A dimensão de justiça ambiental surge como um componente crítico dessa discussão, destacando a distribuição desigual dos benefícios e dos riscos ambientais entre diferentes grupos sociais. Questões de vulnerabilidade socioambiental são especialmente relevantes nesse contexto, pois comunidades marginalizadas frequentemente enfrentam maiores riscos e têm menos recursos para se adaptar às mudanças e adversidades ambientais.

Dessa forma é necessário analisar de que maneira a degradação ambiental e a injustiça social estão interligadas na vivência de determinados grupos sociais, em específico o aprofundamento neste trabalho voltado para as comunidades indígenas. Ao aprofundar no estudo de vulnerabilidade socioambiental, pretende-se evidenciar como as políticas públicas e as ações de conservação podem ser direcionadas para promover equidade e sustentabilidade, salvaguardando não apenas os recursos naturais, mas também os direitos e a dignidade das populações tradicionais que dependem intrinsecamente deles.

1. PERSPECTIVA HISTÓRICA DADA AO MEIO AMBIENTE NO BRASIL

É crucial abordar a relação entre a humanidade e o meio ambiente, destacando as transformações físicas e sociais ao longo do tempo e a ausência de uma preocupação instintiva com a preservação ambiental. Desde o período colonial, o Brasil foi explorado por seus recursos naturais. Atualmente, o direito ambiental no Brasil está em fase de concretização, com destaque para ações civis públicas que buscam adequar as legislações às necessidades contemporâneas de proteção ambiental.

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE EVOLUÇÃO AMBIENTAL

A humanidade tem em seu contexto constantes alterações, sejam elas físicas em seu território e sociais no seu modo de viver, é indubitável que ambas tenham conexões e em determinado momento uma condicione o movimento da outra, seja ele negativo ou positivo. Assim, com discurso concentrado em avanços tecnológicos para o meio, o homem realiza diversas intervenções estando o ambiente como objeto central de seus impactos. A preservação do meio ambiente não faz parte do instinto humano, basta analisar o quanto a busca incessante por conquistas territoriais foi o grande desafio do homem desde sua origem. Por se tratar de um ser racional a possibilidade de se adaptar aos locais através da utilização de seus recursos naturais disponíveis fez com que gradativamente a natureza fosse dominada, sem que houvesse preocupação com os danos provenientes das ações humanas (GRANZIEIRA, 2011).

Em consonância, com o que foi dito anteriormente o Brasil é marcado por uma cultura exploratória de suas riquezas desde seu surgimento, assim como preceitua Lilia schwarcz[93] em sua obra, o país tem seu cerne retirado de múltiplas formas por seus diversos colonizadores, uma vez que abarcados pelo viés de progresso, seus recursos eram retirados, bem como os interesses dos povos originários ignorados em prol dos frutos humanos.

Há de se destacar três períodos relevantes historicamente ao desenvolvimento de uma pré-consciência ambiental brasileira, sendo primordialmente o período colonial a partir da exploração do pau-brasil por Portugueses, descritos já naquela época, pelos colonizadores, legislações que delimitassem a extração de arvores, o

93 A respeito disso, houve o Seminário interno realizado no Núcleo de Estudos da Violência no dia 5 de outubro de 2015. A conversa teve como pauta o livro "Brasil: Uma Biografia", uma oportunidade de diálogo e reflexão sobre o Brasil contemporâneo com Lilia Schwarcz e Heloisa Starling. Disponível em: https://youtu.be/DwD_z_6Tpn4?si=-QMPkd0J6pfVmBN-

zoneamento de caças e a instituição de penas aos que infringissem as leis, tal como apontado por Vladimir Passos de Freitas.[94]

"Regimento do Pau-Brasil" como ficou conhecida a primeira lei de proteção florestal, definida em 12 de dezembro de 1605, o que concedeu espaço a várias determinações reais sob a forma de leis, alvarás, cartas régias e regimentos.[95]

Posteriormente, com a promulgação da constituição imperial de 1824, também fora designado a elaboração do Código Civil e Criminal. Dispondo de dispositivos (arts.178 e 207) que estabeleciam penas para o corte ilegal de madeiras no Código Penal. A conhecida "lei de terras" Lei n° 601, fundamentava-se na teoria de reparação do dano ecológico conforme muito bem explorado pela autora Ann Helen Werner.[96]

Logo, foi a partir do período republicano que de fato começa a ser consolidado legislações específicas à proteção do meio ambiente, em particular as décadas de 1960 e 1970. Sendo uma preocupação em cenário nacional e internacional, ocorrendo em 1972, sediada

94 Vladimir Passos de Freitas, "A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais", tese de doutorado na Univ. Fed. PR (inédito), 1998, p.9 IN verbis: "As Ordenações Afonsinas, no Livro V Título LVIII, proibiam o corte de árvores frutíferas; o Livro V, Título LXXXIII, das Ordenações Manoelinas, vedava a caça de perdizes, lebres e coelhos com redes fios, bois ou outros meios e instrumentos capazes de causar dor e sofrimento na morte desses animais; As Ordenações Filipinas protegiam as águas, no Livro LXXV, Título LXXXVIII, §7º, punindo com multa quem jogasse material que sujasse ou viesse a matar os peixes".

95 A contribuição do regimento é algo a se destacar, dado que a época detinha necessidades pelas quais a instituição de leis determinantes do uso de seus recursos, foram bastante progressistas. Sendo a atenção direcionada a prevenção de uma possível escassez de madeira, a coroa não se restringiu as leis estabelecidas no Regimento do Pau-brasil. Descrevendo o Regimento da Relação e Casa do Brazil, em março de 1609, "que foi o primeiro tribunal brasileiro instalado na cidade de Salvador, com jurisdição em toda a colônia. Determinava o rei que o Governador tivesse particular cuidado com o corte desmedido das madeiras, inclusive coibindo o fogo nas lenhas donde se faziam roças, já preocupado com a falta da dita lenha e madeira, que seria causa de não se poderem construir novos engenhos, e dos que haviam, por esta causa, cessado de moer". Ann Wainer, Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental, pp. 20-21

96 Esta lei submetia ao registro todas as terras ocupadas e impedia a aquisição das devolutas, a não ser por compra. Em seu artigo 2°, punia o dano pela derrubada de matas e queimadas, responsabilizando o infrator, " civilmente, com o pagamento de multa de cem mil réis e, penalmente, com a prisão que poderia variar de dois a seis meses. (WERNER, 1991, p.5.).

em Estocolmo a célebre conferência sobre o Meio Ambiente (de 5 a 16.06.1972) sob patrocínio da Organização das Nações Unidas (ONU).

Corresponde a consequência de todos os fatores anteriores que ocorriam no Brasil, e no mundo de situações como a revolução industrial, a segunda guerra mundial, artigos e simpósios que estavam acontecendo com frequência para discussões ambientais da tutela constitucional do meio ambiente.[97] A Constituição Federal de 1988 recepcionou o conceito estabelecido na Lei da Política 22 Nacional do Meio Ambiente e protegeu, além do meio ambiente natural, o artificial, o cultural e o laboral. É o que se percebe a partir do art. 225, que utiliza o termo "sadia qualidade de vida" ao definir o meio ambiente como um direito de todos e como bem de uso comum, sendo essencial para o bem-estar geral (FIORILLO, 2013, p. 69).

Assim o brasil avançou para um caminho ainda mais intenso de definições de suas áreas de proteção, uma vez que o país conta com uma numerosidade de recursos incomparável, podendo se destacar de diversas formas em setores de produção. Por sugestão de Paulo Affonso Leme Machado as análises de impacto foram cruciais, já que a demanda industrial da época tinha crescente acelerada, surgindo também, o Decreto n°88.351, de 1.06.1983, que criou o CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente, previsto 1, de 23 de janeiro de

97 A proteção internacional do meio ambiente. São Paulo: Manole. 2003, p.44. In Verbs "Num evidente clima de urgência de uma regulamentação enérgica sobre o meio ambiente mundial, fortemente motivado pelos graves acidentes que causavam verdadeira comoção pública na maioria dos Estados, além da pressão da opinião pública sobre as diplomaciais dos Estados, aliada aos resultados alarmantes de cientistas sobre a situação de desequilíbrio no meio ambiente, a maioria dos países, na AG da ONU, resolveu convocar uma grande conferência internacional para discutir a questão da preservação do meio ambiente, mas sem perder a dimensão que os países em desenvolvimento insistiam em discutir, conjuntamente: a questão do desenvolvimento e das disparidades de níveis econômicos existentes entre os Estados. A temática da implantação de uma 'nova ordem econômica internacional' não poderia fazer falta nas discussões daquele período, tendo em vista que ela era o tema mais importante de qualquer reunião sob a égide da ONU. As próprias denominações das conferências internacionais de 1972 e 1992 revelam enfoques distintos e, sobretudo, temáticas diferentes; em Estocolmo, em 1972, tinha sido [a] Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano e, em 1992, no Rio de Janeiro, a denominação oficial da ECO-92 foi Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento."

1986. É editada pelo CONAMA, em seu artigo 5°, o que seja impacto ambiental:

> Art. 1° Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:
> I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
> II - as atividades sociais e econômicas;
> III - a biota;
> IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
> V - a qualidade dos recursos ambientais.

As definições previstas na resolução do CONAMA, concederam panoramas para o uso mais consciente dos recursos Nacionais e cedeu lugar para que outros decretos fossem vigorosos no país, tal como a produção de obras, eventos e publicações voltadas ao estudo e explicação das vigentes áreas de impacto ao meio. No âmbito jurídico um destaque para a fundação de um grupo de juristas da Comissão de Meio Ambiente da OAB/SP, sob a presidência do Dr. Antônio Fernando Pinheiro Pedro, com estudos voltados num Anteprojeto de Código Ambiental Nacional[98](1995) e em Salvador, a instauração da Associação Brasileira dos Advogados Ambientalistas - ABAA (1994).

Atualmente está sendo vivenciado a fase de concretização mais real do Direito ambiental, em atenção às ações civis públicas promovidas pelo Ministério púbico no país. Sendo objeto de adequação às necessidades dos impactos contemporâneos gerados ao

98 NAZO, Georgette Nacarato; MUKAI, Toshio. O direito ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). Direito ambiental: direito ambiental internacional e temas atuais. São Paulo: RT, 2011. p. 1063. Ambos participaram de vários grupos de trabalho, cabendo a sistematização, redação final e das" Justificativas" à Georgette N. Nazo.

meio ambiente, de forma a rever lacunas nas legislações ambientais existentes.

1.2 DIMENSÃO DE MEIO AMBIENTE

Ao deparar-se com o termo meio ambiente dúvidas são geradas referente ao que de fato define de forma fiel o seu significado. Em grande parte, há quem atrele sua definição à natureza, florestas e ecologia, somente trazendo para o âmbito físico. Durante a década de 1980 foi publicada a Lei nº 6.938/87, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, Inciso I encontra-se a definição de meio ambiente, caracterizado como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

De certa forma a definição descrita em Lei tenta manter um caráter discricionário ao mesmo tempo que é passível sua interpretação. Uma vez que dentro de seu conceito fundamental chama se ambiente tudo aquilo o que cerca os indivíduos, coisas ou natureza dentre outros contextos. Enquanto "meio" pode ser descrito como localidade habitada que possui características e condições geofísicas, o que gera redundância uma vez que definições são idem (ROCHA; COELHO, 2012) ainda assim se concluiu que mesmo que isoladamente os sentidos sejam os mesmos, a utilização meio-ambiente não é errônea.

Assim, a classificação de Direito ambiental depende consideravelmente da descrição de meio ambiente já que uma está condicionada à outra. Por se tratar frequentemente de descrições abrangentes e pouco práticas. Decerto, há uma interseção com várias outras áreas do direito, entretanto a definição de fronteiras é crucial para que se possa cumprir sua principal finalidade, que é estabelecer o referencial legal e normativo das atividades humanas em relação ao meio ambiente. (THORTON; BECKWITH, 1997, p.2)

Émile Durkheim, que apesar de sua época e com uma visão ainda pautada no eurocentrismo conservador, conseguiu a partir da definição de fato social, explicar como a nossa vivência é reflexo das instituições que estamos inseridos. Logo muito do desdém com a questão ambiental, seu estudo, definição e visão de muitos juristas, repercute uma classe dominante despreocupada com valores para além daquilo que estão inseridos. É como o senso comum enxerga a preocupação ambiental, como uma espécie de impacto distante de sua geração, algo que lhes foge o domínio, assim a visão simplista permanece sobre o viés de transformação, deixando cada vez mais lentas mudanças.

O entendimento do que se trata um direito difuso e coletivo é crucial para o estudo de direito ambiental, ressaltar que tais termos referem-se a direitos que não são específicos de um indivíduo, mas direcionados a um grupo ou sociedade como todo, como conceituado por Mauro Cappelletti, auxilia a manutenção da relevância do tema jurídico ambiental.

Assim, a análise de interesse coletivo se sobressai uma vez que sua transindividualidade[99] abarca um número maior de pessoas, já que compatíveis com a necessidade de outros além do individual, conforme previsto pelo Supremo Tribunal Federal, e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região que explicou de forma sucinta a essência de direito difuso.

O direito ambiental quebra o paradigma denotado da noção clássica de direito em autonomia pelo cientificismo gerado através das teorias da tradição civilista.[100] Podendo ser considerado uma área

99 Com a existência de conflitos sociais nos últimos séculos surgiram os direitos transindividuais, exigindo o reconhecimento e a proteção de direitos como a educação, a segurança, o meio ambiente e a saúde, entre outros direitos de natureza fluída, cuja titularidade compete a todo cidadão. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual civil coletivo. 2. ed. São Paulo: Srs., 2008, p. 4

100 José Joaquim Gomes Canotilho (coordenador), Introdução ao Direito do Ambiente, Universidade Aberta (1998). Sobre a autonomia do direito ambiental In verbs "Por nossa parte defendemos a idéia segundo a qual se pode e deve falar em Direito do Ambiente não só como campo especial onde os instrumentos clássicos de outros ramos do Direito são aplicados, mas também como disciplina jurídica dotada de substantividade própria. Sem com isso pôr de lado as dificuldades que tal concepção oferece e condicionamentos que sempre terão de introduzir-se a tal afirmação."

de conhecimento que se debruça em seu cerne nas questões social e econômicas, a raiz de uma sociedade pós-moderna. Assim consoante a hermenêutica jurídica o direito ambiental inclui-se no rol dos denominados "novos" direitos. (SAMPAIO, 2013, p.22)

Dizer "novo direito" pela complexidade na compreensão em sua matéria, uma vez que ampla a completude prevista no que é analisado dentro de questões ambientais, a visão do jurista perpassa as teorias, julgados, textos de lei ou técnicas argumentativas preexistentes.

O paradigma relacionado a contextualização das fontes materiais e formais do direito ambiental, é debate recorrente, como Antunes disse em sua obra as fontes materiais seriam os movimentos populares, as descobertas científicas e a doutrina jurídica. Já as fontes formais elas "(...) não se distinguem ontologicamente daquelas que são aceitas e reconhecidas como válidas para os mais diversos ramos do Direito. Consideram-se fontes formais do DA: a Constituição, as leis, os atos internacionais firmados pelo Brasil, as normas administrativas originadas dos órgãos competentes e jurisprudência. "

Para Romulo Sampaio, a particularidade da observação da diferença de fontes materiais do direito ambiental é resultado de uma chamada "crise ecológica" que introduz o ideal voltado a lidar com o risco ambiental. Logo ultrapassa os limites sobre autonomia no âmbito da ciência do direito pelo, uma vez que é necessária uma reinterpretação no que já foi firmado por diversas áreas do conhecimento para que haja adaptação fidedigna ao caso.

Assim, o entendimento de que dentro do campo jurídico, o direito ambiental, possui natureza ampla, o que exemplifica um ramo independente, que estabelece normas de conduta entre indivíduos e o meio ambiente. Exigindo que ramos tradicionais, como o constitucional, o administrativo e o civil, sejam reexaminados. Já que as questões fáticas analisadas pelo jurista dependem em sua maioria de uma interdisciplinaridade, pela interligação do todo referente a impactos sociais, econômicos, ambientais e outras matérias.

A intenção de dinamizar o direito ambiental não ignora que cada parte deve ser avaliada individualmente, porque cada área merece

atenção específica à sua natureza, seja ecológica, social, econômica, florestal e outras. Assim como o autor Paulo Affonso Leme Machado, (2005 pp. 148-9) explica em seus obra "[...] O direito ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar: estes temas com a argamassa da identidade de instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação."

1.3 QUESTÃO ECONÔMICA DE DESENVOLVIMENTO AMBIENTAL

Além disso, a vertente econômica tem em seu viés uma abrangência ambiental ao respeitar em suas teses preceitos de preservação do meio para que toda sua finalidade lucrativa seja efetiva, uma vez que dispõe de caminhos alternativos para que seja racional o uso de recursos, assim como previsto por Édis Milaré (2001, p. 109) em que "[...] complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do meio-ambiente em sua dimensão global, visando a sustentabilidade para as presentes e futuras gerações".

Assim como preservado pelo fundamento legal no art. 170, VI e 225 da Constituição Federal de 1988. que dita:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de

> defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Logo, seguindo esse pressuposto de respeito a finitude dos recursos disponíveis, há necessidade de encarar desenvolvimento sustentável como algo benéfico que afeta partes do mundo todo, por isso campanhas de mudança de hábitos para que até mesmo a relação de consumo seja realizada de forma consciente, assim a produção das empresas muda de acordo com a demanda populacional. Desse modo o progresso econômico se compatibiliza com o desenvolvimento social e cultural da humanidade. (SÉGUIM, 2002, p.84)

Assim como muitos economistas levam em conta a análise de benefício e custo, a partir da comparação do custo de oportunidade e a probabilidade de um benefício ser maior que esse custo investido, seja ele monetário, físico, mental e de qualquer outra forma. Em exemplo é mensurado em uma implantação de uma empresa possível geradora se impactos, quão influenciáveis serão ao meio e se passível de prevenção ou remediação facilitada, para que tutelada pelo Direito Ambiental seja aplicável sua implementação segura, e lucrativa posteriormente.

Definir desenvolvimento sustentável, conforme Binswanger (1999), produzir caminho ao conceito de desenvolvimento econômico. Neste desenvolvimento econômico, é apenas necessário classificar-se e se harmonizar com a obrigação de preservar o meio-ambiente. Estima-se o que seja riqueza seleta e ampliação autêntica a fim de caracterização de desenvolvimento sustentável[101], já que na filosofia humana há diversos bens não tangíveis que tem seu valor abastado de uma riqueza genuína, tais como saúde, cultura, lazer, trabalho e sabedoria. Recursos que afetam qualquer ambiente e não produzem bens financeiros, mas ideológicos. A sociedade é mais abrangente

101 "Longe de ser um fardo, o desenvolvimento sustentável é uma oportunidade excepcional - em termos econômicos, para construir mercados e criar empregos; socialmente, para retirar as pessoas das margens, e politicamente, para dar a cada homem e mulher uma voz, e uma escolha, ao decidir seu próprio futuro." (Tradução livre). [s.l], [s.n], [s.d].

quando todos possam "ser mais", em vez de quando seus "cidadãos "têm mais" (GOULET, 1999, p. 34).

Antunes, frisa que ao implantar preços para utilização dos recursos ambientais isso de certa forma impede que tenha um uso extensivo, uma vez que com a aferição de valor o incentivo é menor. Assim o direito econômico caminha de mãos dadas com direito ambiental ao elencar pontes sustentáveis para uma intervenção humana consciente.

2. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E OUTROS DIREITOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À JUSTIÇA AMBIENTAL

Extensivamente traçamos o caminho da construção do viés ambiental no Brasil, ressaltando que com suas acepções histórico-culturais se intensifica a intenção de regimentos, decretos, normas e estudos. Logo todas as legislações atenderam às necessidades da sociedade vigente, o que revela a extrema importância da construção de uma linha do tempo.

Como cita em seu livro Piaget Para a criança, "compreender o tempo é libertar-se do presente(...)"; "não só antecipar o futuro, em função de regularidades inconscientemente estabelecidas no passado, mas desenvolver uma sucessão de estádios, nenhum dos quais é semelhante aos outros e cuja conexão só se poderia estabelecer por movimentos cada vez mais próximos, sem fixação nem repouso"

Dessa forma, o Direito Ambiental é visto como uma questão antropocêntrica, servindo como uma ferramenta para atender necessidades humanas. O que corrobora com o Princípio n. 1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992. De outra forma, Maria luiza Machado Granzieira, relata como o homem está inserido ao princípio 1:

> Mais que um direito humano no sentido estrito, deve tratar-se de um direito da espécie que protege tanto o homem como o meio em que ele vive'. De acordo com esse posicionamento, o homem faz parte do meio ambiente, integrando a natureza, que possui valor por si própria e não apenas em função dos interesses do homem (GRANZIERA, 2011, p. 48).

Com esse entendimento é impossível separar a tutela jurídica da atuação do Poder Público na garantia da proteção ambiental, sendo primordial além da política ambiental a determinação do cidadão para assegurar que esteja sendo efetivos os projetos e leis dispostas.

No que tange à legitimidade constitucional da governança ambiental na esfera judicial:

> a atribuição legal de tarefas à Administração, de competências aos seus órgãos, de uma discricionariedade para agir e definir no concreto uma política ambiental, permite ao Estado exercer juridicamente a sua função de governança, nos limites e sob a orientação dos direitos fundamentais e no quadro dos princípios jurídicos, sujeita ao controle dos tribunais. Com o que a governança se assume como realização do direito, reinventando o Estado e o seu poder (GARCIA, 2007, p. 494, apud SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p. 98).

Consoante ao raciocínio aqui elencado, a partir da legislação ambiental é possível visualizar o pensamento político voltado à segurança Humana[102], que está totalmente entrelaçado a sociedade e

102 Sob a égide do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, em 1994 a ONU, perante o amadurecimento político e das mudanças nas relações internacionais, a abordagem da Segurança Humana foi apresentada no relatório de desenvolvimento humano. Nesse sentido a definição tem os direitos humanos como diretrizes, "(...) A Segurança Humana trata da segurança dos indivíduos e comunidades em vez da segurança de estados, e combina direitos humanos e desenvolvimento

o meio ambiente, o dever do Estado, aplicado aos direitos humanos, organiza circunstâncias com intenção de favorecer o estado de garantias preconizadas pelos direitos humanos, logo, a implementação de políticas que abordem fatores como a migração devido às alterações climáticas, desastres ambientais e suas consequências, utilização responsável dos recursos ambientais, educação ambiental, e assim por diante.

2.1 JUSTIÇA AMBIENTAL

O homem todos os dias assume o risco de suas ações, não falando em âmbito judicial pelo qual seria lícito e plausível para determinadas situações, mas se tratando dos "riscos" que vem do agir, a intenção de ocasionar mudanças em seu ambiente. A teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck é vista por determinados escritores, como uma alternativa crítica radical, visto que leva em consideração o conflito ecológico e a desigualdade de poder em relação às técnicas, além de legitimar uma ação crítica do ecologismo, diante do questionamento da capacidade das instituições de aprender a lidar com o caráter ampliado dos riscos.

Mascarar o papel da estrutura capitalista que nos insere se assemelha a ignorância "Toda consideração séria sobre os perigos ambientais aponta imediatamente para a necessidade de se conter e controlar a operação dos mercados como uma de suas primeiras causas" (RUSTIN, 2001, p. 357) elenca a prioridade de reconhecimento da mobilização que o capitalismo promove na natureza, a partir dos anseios do homem perante o meio que está inserido.

Durante a década de 70, o amadurecimento dos sindicatos interessados na saúde ocupacional, grupos ambientalistas e organizações de minorias étnicas se juntaram para desenvolver suas respectivas pautas ou que entenderam como "questões ambientais

humano" BEEBE, Shannon D.; KALDOR, Mary.The ultimate weapon is no weapon: human security and the new rules of war and peace. PublicAffairs: 2010.

urbanas ". Assim muitos estudos já haviam identificado a ligação da distribuição espacialmente desigual da poluição de acordo com a raça das populações mais expostas. (ACSELRAD, 2000, p. 52)

Um estudo de 1987 da Comissão de Justiça Racial da United Church of Christ descobriu-se a proporção de residentes de minorias étnicas em comunidades com instalações de eliminação de resíduos perigosos é igual ao dobro da proporção de minorias em comunidades sem tais instalações. (LAITURI, 1994)

Após esta pesquisa, Benjamin Chavis foi capaz de expressar o termo "racismo ambiental"[103] para identificar "a imposição desproporcional - intencional ou não - de rejeitos perigosos às comunidades de cor"

Em outras palavras, buscou-se evidenciar que influências de mercado e práticas discriminatórias das entidades governamentais se uniam de maneira coordenada para a geração das disparidades ambientais. E que a concretização da distribuição desigual dos perigos reside na suposta fragilidade política dos grupos sociais residentes nas áreas de destino das instalações perigosas, comunidades rotuladas como "carentes de discernimento", "desprovidas de consciência ambiental" ou "manejáveis", conforme a descrição dos consultores conhecedores da resistência das populações à implementação de fontes de risco. (DICHIRO, 1999, p.105)

Dessa forma, se é conhecido que os mecanismos de mercado operam no sentido de gerar a discrepância ambiental - os custos mais baixos de localização de instalações com resíduos tóxicos apontam para as áreas onde residem os menos privilegiados - a argumentação

103 Na definição original, traduzida para o português, **racismo ambiental** é a discriminação racial na elaboração de políticas ambientais, aplicação de regulamentos e leis, direcionamento deliberado de comunidades negras para instalações de resíduos tóxicos, sanção oficial da presença de venenos e poluentes com risco de vida à comunidades e exclusão de pessoas negras da liderança dos movimentos ecológicos. Refere-se à qualquer política, prática ou diretiva que afete ou gere desvantagens de maneira diferenciada (seja intencional ou não) a indivíduos, grupos ou comunidades com base em raça ou cor. **GLOSSÁRIO DA DIVERSIDADE, https://arquivos.mpro.mp.br/docs/gerenciador/documentos/arquivos/DOC-535301-Gloss%C3%A1rio%20da%20Diversidade.pdf Glo**ssário da Diversidade Glossário da Diversidade

dos movimentos não deixa de considerar, por outro lado, a influência da negligência das políticas públicas que facilitam a ação danosa do mercado. A atuação do Movimento de Justiça Ambiental buscou, assim, mobilizar as comunidades para pleitear políticas públicas capazes de evitar que os determinantes da desigualdade social e racial também sejam predominantes no meio ambiente. (ACSELRAD, 2000, p. 54)

No Brasil, as contribuições realizadas pela pensadora Tania Pacheco[104] preenchem espaços de extrema relevância, uma vez que o debate a respeito de Racismo ambiental em nosso país é muito pouco disseminado, embora parcela significativa possa se identificar com o que é preconizado. Assim, chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre etnias e populações vulnerabilizadas (PACHECO, 2007).

No campo jurídico, existem pesquisas e até mesmo julgamentos que abordam as situações de desigualdade ambiental, em uma decisão de 2013, pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça mencionou explicitamente a desigualdade ambiental como mais um argumento em favor da obrigação administrativa de uma empresa responsável pela contaminação da água e pela consequente ocorrência de numerosos casos de doenças.

104 "Chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre etnias e populações mais vulneráveis. O Racismo Ambiental não se configura apenas através de ações que tenham uma intenção racista, mas, igualmente, através de ações que tenham impacto "racial", não obstante a intenção que lhes tenha dado origem. (...) O conceito de Racismo Ambiental nos desafia a ampliar nossas visões de mundo e a lutar por um novo paradigma civilizatório, por uma sociedade igualitária e justa, na qual democracia plena e cidadania ativa não sejam direitos de poucos privilegiados, independentemente de cor, origem e etnia". Esta é uma citação do texto Racismo Ambiental: expropriação do território e negação da cidadania, Da jornalista Tania Pacheco, também considerada como uma das especialistas sobre o tema no Brasil e criadora do Blog Racismo Ambiental Combate. Link de acesso ao blog https://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/racismo-ambiental-expropriacao-do-territorio-e-negacao-da-cidadania-2/
Sobre o tema também é possível visualizar um debate bastante enriquecedor realizado pelo Instituto Climainfo, disponível no canal do youtube "Blog Combate Racismo Ambiental e conflitos por terra | Aula com: Tania Pacheco" link de acesso: https://youtu.be/3zqq9a0yyrU?si=8IXeCiKFgMZjuyto

> O Ministro Relator Herman Benjamin denota o fato de que as vítimas são, como em 'todos casos de graves incidentes de poluição por resíduos tóxicos ou perigosos, em sua grande maioria as vítimas são pessoas humildes, incapazes, pela baixa instrução, de conhecer e antecipar riscos associados a metais pesados e a agentes carcinogênicos, mutagênicos, teratogênicos e ecotóxicos. Ademais, prisioneiras da indigência social que as aflige, não se encontram em condições de evitar ou mitigar a exposição à contaminação letal, mudando a localização de suas precárias residências' (BRASIL, 2013, online)

Muitas pesquisas têm sido conduzidas com o objetivo de entender a aplicação seletiva das normas ambientais, quanto à flexibilização das regulamentações destinadas a assegurar um ambiente saudável, o que resulta na criação das chamadas "zonas de sacrifício", termo utilizado para descrever regiões, geralmente habitadas por pessoas de baixa renda, onde são implantadas as empresas e atividades com maior impacto ambiental e social.[105]

Diante de inúmeros estudos, é passível afirmar que o Brasil é um país que enfrenta lacunas, que se assemelha a uma profunda cicatriz, raiz de uma história de exploração humana e de seus recursos, o que acarretou um afastamento de pertencimento e identificação com o

105 Em uma análise da disparidade na aplicação da legislação ambiental, em áreas muito próximas e igualmente ligadas aos projetos olímpicos, NABACK e GUIMARÃES concluem: "Os exemplos da construção do Campo de Golfe e da remoção da Vila Autódromo evidenciam que as normas ambientais e urbanísticas podem ser manipuladas para se ajustarem aos projetos ou interesses propostos. No caso do Campo de Golfe, houve uma flexibilização da legislação ambiental e urbanística para viabilizar sua construção, ignorando a importância ecológica do local, as normas de preservação e o histórico de criação de áreas protegidas. As regulamentações municipais foram modificadas e a licença ambiental foi concedida, com base principalmente na degradação do local. Por outro lado, essa mesma legislação ambiental foi enfatizada para justificar a remoção da Vila Autódromo. Enquanto, por um lado, foi manipulada - e até mesmo ignorada - para permitir a construção do campo de golfe, por outro lado, foi invocada de forma decisiva para autorizar a remoção da comunidade. Isso evidencia que a aplicação assimétrica das normas ambientais e urbanísticas é um dos mecanismos utilizados por esse projeto de homogeneização urbana." (NABACK, GUIMARÃES, 2017)

que veio de nós. Assim o ato de preservar é distante já que na nossa sociedade o indivíduo cuida daquilo que o pertence, e não o que é de todos, o que revela a herança colonial, somos e repetimos aquilo que nos foi apresentado desde a colonização (SCHWARCZ, 2022).[106]

A ideia de raça foi uma maneira de legitimar as relações de dominação europeia na América Latina, dado que o padrão do homem europeu era considerado superior e possuído de uma estrutura biológica e racial diferenciada (QUIJANO, 2005)[107]. Por mais que o colonialismo tenha sido ultrapassado, a colonialidade persiste de formas demasiadas e, sobretudo, nos discursos reproduzidos cotidianamente em nossa sociedade. Somos incansavelmente condicionados nas relações de poder, saber e ser *(BALLESTRIN, 2013).*[108]

A questão de pontuar esses traços, a partir da exposição de uma não individualização do sujeito é de suma relevância, os movimentos e estudos aqui expostos têm como objetivo principal a desconstrução das noções tradicionais de que as distribuições de renda são feitas de forma igualitária, uma vez que são inúmeras notícias todos os dias no país, de um desastre novo, não só ambiental, mas de consequência social, que comprovam a desigualdade presente em nossa sociedade.

106 A respeito da temática abordada em seu artigo ”O Sequestro da Independência”, é possível assistir a palestra ministrada pela professora Lilia Moritz Schwarcz, Profª Dra. Titular do Departamento de Antropologia da USP, através do perfil oficial do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. (UFPR), no youtube, pelo link: https://www.youtube.com/live/JIMBbvlWszA?si=avjM3szfzZ3KTAna

107 Em 1989, Aníbal Quijano elaborou a ideia da colonialidade do poder, conceito que reflete a persistência das relações de colonialidade nas esferas econômica e política mesmo após o declínio dos regimes coloniais. Isso evidencia a continuidade das formas de dominação colonial geradas pelas culturas coloniais e atualiza os processos que supostamente deveriam ter sido encerrados com a independência oficial das antigas colônias. Sendo possível visualizar mais sobre em **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina Titulo**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>.

108 A ideia de que a modernidade é inseparável do colonialismo, e o colonialismo ainda define poder, conhecimento e ser em relações geopolíticas, particularmente na geopolítica do conhecimento. (BALLESTRIN, 2013)

Krenack[109] enfatiza a importância de reconhecer a interconexão entre todos os seres vivos e a necessidade de respeitar e preservar a natureza para garantir um equilíbrio sustentável no planeta. O antropólogo indígena afirma que é fundamental adotar práticas que promovam a harmonia e a coexistência pacífica entre humanos e o ambiente natural.

"Nos descolamos do corpo da Terra", diz Krenak. Fizemos um divórcio, acreditando que poderíamos viver por nós mesmos. Com uma condição: extrair, dominar, explorar tudo o que vem de Gaia. Nos divorciamos desse organismo que nos abriga, mas estamos a todo instante a usurpá-lo. (Ailton Krenak)

Outras políticas conservadoras que perpetuam a desigualdade se baseiam na culpabilização dos pobres. A interrupção do auxílio ao desenvolvimento é defendida como forma de evitar o aumento da fome em países que "não conseguiram controlar seu crescimento populacional". Consoante ao pensamento de Madeira Filho (2002, p.87), "a distribuição da riqueza dos países ricos entre os mais pobres é ilusória".

Conforme Acselrad (2009), uma breve compilação, conduzida no Estado do Rio de Janeiro, de incidentes ou situações de risco relacionadas à contaminação por resíduos industriais tóxicos, revelou os seguintes resultados:

109 É de suma relevância o conhecimento de Ailton para a população brasileira, uma vez que em seus livros e entrevistas, não deixa de lado os apontamentos ao "homem branco" e sua parcela de culpa nas degradações do meio. O poder de escancarar e não se intimidar pela luta por uma terra que carrega trajetórias do que ele viveu a vida inteira, que têm histórico de povos originários, com apenas o intuito de vida preservar. O livro *Ideias para Adiar o Fim do Mundo*, propõe uma perspectiva cósmica do mundo para orientar uma nova maneira de consumo e existência, sendo o mais perto da natureza, menos ávida por dinheiro, poder e domínio. Com certeza grandes contribuições são feitas em suas falas, assim possível visualizar sobre o tema, alguns debates ricos, como:
Thiago B. Mendonça. Vozes da Floresta | Ailton Krenak. Youtube, 14 de abril de 2020. Disponível em: https://youtu.be/KRTJIh1os4w?si=fY0ZeZ3PSRp1sTFv. Acesso em: 04/05/2024
KRENAK, Ailton. Ailton Krenak: "A Terra pode nos deixar para trás e seguir o seu caminho". Entrevista concedida a Anna Ortega. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Jornal da Universidade. Publicado em: 12 de novembro de 2020

a) Desresponsabilização das empresas com relação aos dejetos clandestinos;
b) Alegação de desconhecimento da potência tóxica dos resíduos;
c) Preferência por pagar multas;
d) Inviabilização de materiais através de incêndios noturnos;
e) Criação de empresa terceirizada para se isentar de eventuais acidentes.
f) Tentativa de cooptação por meio de oferta de serviços sociais;
g) Criação de desinformação sistemática

É evidente que a regulamentação das atividades poluentes permaneceu praticamente estática; os bairros de baixa renda nas metrópoles continuam sendo os destinos privilegiados para a implantação de indústrias poluentes. Os movimentos de Justiça Ambiental evidenciam que essa seleção não é casual, mas sim impulsionada pelas características socioeconômicas e raciais da população (KEULY, 2018).

2.2 VULNERABILIDADE: ENTENDENDO O CONCEITO E SUAS DIMENSÕES

É assegurado pela Constituição Federal de 1988, o direito ao meio ambiente equilibrado ecologicamente, previsto como direito difuso e coletivo[110] essencial. Em contrapartida é contestável a maneira

110 A respeito disso é relevante a análise feita por Santilli, Os "novos" direitos desafiam a dogmática jurídica convencional, caracterizada pelo formalismo exacerbado, pela falsa neutralidade política e científica, e pela ênfase excessiva nos direitos individuais, de natureza patrimonial e contratualista, inspirados pelo liberalismo. Estes direitos emergem de embates sociopolíticos democráticos, apresentando uma natureza emancipatória, pluralista, coletiva e indivisível, impondo novos desafios à ciência jurídica, tanto em termos conceituais e doutrinários quanto em sua aplicação prática. São direitos "históricos", surgidos em contextos específicos, marcados por confrontos pela conquista de novas liberdades contra estruturas de poder obsoletas, transcendendo as fronteiras estanques do dualismo público-privado, inserindo-se em um domínio público não estatal. (SANTILLI, 2006, p. 176.)

que esse direito está sendo conduzido, uma vez que sua garantia é de fato violada, ao passo que todos os dias são divulgadas notícias que evidenciam crescente gravidade dos problemas ambientais e sociais.

A busca de uma definição de vulnerabilidade é observada a partir de problemas relacionados ao parâmetro de susceptibilidade do ambiente, logo a análise da abrangência de eventos danosos em determinado meio identifica os relevantes potenciais de fragilidade associados. Bem como exemplo a ocupação indevida dos solos que contribuem para desastres de diversas magnitudes. (MARANDOLA, HOGAN, 2004).

A vulnerabilidade, pode ser entendida como um arranjo múltiplo para situações de fragilidade, seja no contexto social ou ambiental. Assim em contexto social, são avaliadas comunidades, qualidade de moradia, renda, educação e privação, entre outros fenômenos que conduzem à fragilidade social. Tendo como estudo a vulnerabilidade Socioambiental em sua amplitude em casos diversos, como as más condições de moradia, desigualdade social, situação econômica e a exposição a riscos, juntamente com questões ambientais e desastres como deslizamentos, enchentes e terremotos, mostram a vulnerabilidade socioambiental como resultado da interligação entre estruturas sociais e ambientais.

Na PNAS (2004)[111], a fragilidade emerge relacionada a situações de carência e condições de vida das/os usuárias/os, sendo, assim, vinculada à privação, especialmente no que se refere à falta de recursos financeiros e acesso limitado ou inexistente aos serviços públicos. Ademais, Pessoa (2012, p.19), ainda considera que:

---

111 Assim o conceito de vulnerabilidade pela PNAS (2004), pode ser entendido como ”Fragilidade devida à exposição de processos de exclusão social de famílias e indivíduos que vivenciam contextos de pobreza, privação (ausência de renda, precário ou nulo acesso a serviços públicos) e/ou fragilização de vínculos afetivos, relacionais e de pertencimento social“. Ministério do Desenvolvimento social e Combate à Fome secretaria nacional de assistência social. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/PNAS2004.pdf>.

> Estar vulnerável é a tônica central da contemporaneidade, pois, ela esta relacionada às incertezas, riscos e ameaças que são cada vez mais diversificados e interferem no equilíbrio das formas de vida, seja no ambiente natural, seja no social.

Essa exposição crescente a riscos, resulta das contradições da modernidade, afetando tanto a sociedade quanto a natureza. "As áreas de degradação ambiental 'coincidem' com áreas de degradação social, sobrepondo perigos, muitas vezes potencializando outros riscos ou amplificando seus efeitos e danos" (TORRES, 2000, apud, MARANDOLA e HOGAN, 2006, p. 34).

Em um texto esclarecedor, Kaztman (2000) define vulnerabilidade como a incapacidade de uma pessoa ou lar aproveitar oportunidades socioeconômicas para melhorar o bem-estar ou impedir sua deterioração. Ele sugere que essa condição resulta de uma falta de sincronia entre as oportunidades oferecidas pelo mercado, pelo Estado e pela sociedade, e os recursos disponíveis para aproveitá-las. Portanto, o conceito focaliza a capacidade dos indivíduos, famílias ou domicílios de lidar com os riscos do ambiente, que podem resultar em perda de bem-estar (BUSSO, 2001).

Recentes estudos urbanos têm se concentrado na análise das mudanças na estrutura social e espacial das cidades. Acentuada nos últimos vinte anos, a desigualdade social manifesta-se na "segregação espacial da população de baixa renda"[112]. A compreensão desse fenômeno como um fator de exclusão também é abordada nas perspectivas marxistas sobre os fenômenos urbanos, em contraste

112 Na última década, com a adoção de novas agendas internacionais, como os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU e a Nova Agenda Urbana, o compromisso com a habitação foi renovado. No entanto, dados mostram uma crise persistente de acessibilidade habitacional, especialmente em áreas de empobrecimento e desigualdades sociais. Segundo o Banco Mundial, até 2025, cerca de 1,6 bilhão de pessoas em todo o mundo enfrentarão falta de moradia adequada. Na América Latina e Caribe, aproximadamente 120 milhões de pessoas vivem em assentamentos informais, com 45% dos lares sofrendo de déficit habitacional elevado. Isso significa que um em cada cinco indivíduos reside em habitações precárias, sem acesso adequado a infraestrutura e serviços básicos.

com abordagens ecológicas, considerando a formação do preço do solo urbano e a geração resultante de renda fundiária urbana. (CAIADO, 2001)

É previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 o direito à habitação, como uma prerrogativa humana e fundamental. No entanto, a acumulação do capital financeiro através da especulação imobiliário urbana, tem sido capaz de obstruir uma garantia primordial e essencial para a preservação da existência digna. Adiante, determinadas práticas de de desapropriação se entrelaçarão com outros conflitos sociais que permeiam a sociedade brasileira, como o recrudescimento acentuado da carência alimentar nos últimos anos e o considerável contingente de indivíduos em situação de indigência.[113]

Para entender a crise de acesso à residência na América Latina, é imprescindível investigar a evolução da posse territorial desde os tempos coloniais até os dias atuais. Conforme Rolnik, ex-relatora da ONU para o Direito à Moradia Adequada, essa narrativa é pontuada

113 A questão da reforma agrária no Brasil pode ser prontamente identificada como um paradigma de elefante branco na sala de visitas. Trata-se de um dilema altamente intrincado para solucionar, mas inegavelmente impossível de ser completamente ignorado. A concentração fundiária no país é um assunto amplamente analisado na esfera sociológica e apontado como a causa primordial das disparidades sociais de renda e habitação, intensificando a condição de penúria extrema e a carência alimentar.
Segundo Jessé Souza (2019), tal conduta remonta aos primórdios do período colonial brasileiro e persiste até os dias contemporâneos devido à permanência da elite que detém o comando decisório, a qual é, em essência, a mesma há 500 anos. Esta elite não se alinha com as extremidades do espectro político (direita ou esquerda), mas é composta pelos integrantes que são habitualmente denominados como "centrão".
Esse contingente, que historicamente domina a maioria no parlamento nacional, detém o efetivo poder de instaurar transformações na estrutura política brasileira, visando estabelecer sistemas de redistribuição da terra mais equitativos. Contudo, não por mero acaso, este grupo é constituído por ruralistas e grandes latifundiários, os quais detêm o controle das vastas áreas territoriais concentradas. Para a população de baixa renda, a instabilidade na posse da terra não se limita à carência habitacional, mas transcende para a negação fundamental da existência desses indivíduos, ao serem privados de outros serviços e necessidades essenciais. Na prática, o acesso a serviços de saneamento, água potável, assistência médica, educação, emprego e alimentação de qualidade é extremamente deficiente ou inexistente.

por episódios de desapropriação de territórios desde os primórdios da colonização europeia, persistindo com a instituição da propriedade privada como único elo legal com a terra. Divergindo da situação europeia, onde a residência era concebida como um ativo de cunho social durante o zênite das políticas de bem-estar, na América Latina, o acesso à habitação sempre assumiu uma feição predominantemente mercantil, caracterizando-se como uma mercadoria suscetível à transação comercial, com sua formalização atestada em instrumentos cartoriais. Contudo, uma parcela considerável da população latino-americana habita áreas desprovidas de contratos de aquisição, carentes de uma titulação que a inscreva como propriedade privada.

A questão climática também condiciona a incidência de vulnerabilidade socioambiental sobre determinadas regiões próximas a cursos d'água, uma vez que as alterações climáticas, englobando o aquecimento global e as precipitações intensas, bem como os fenômenos de ilha de calor, contribuem para a ocorrência de deslizamentos de encostas e, por conseguinte, para o colapso das habitações localizadas nas proximidades de cursos d'água. Tais eventos, provocados tanto pela ação natural quanto pela intervenção humana, têm o potencial de desencadear desastres naturais.[114]

114 Em análise feita pelo Instituto de comunicação de Geociência a respeito da tragédia de Petrópolis, pode ser auferido que "As inundações em Petrópolis são um fenômeno recorrente, que vêm se intensificando em razão de mudanças ambientais globais, com as chuvas se concentrando em curtos períodos de tempo. Para Jacques Manz, que fez um levantamento das inundações na cidade serrana, é fundamental implementar políticas a partir desse histórico de informações para reduzir a possibilidade do desastre ou para diminuir seus danos. "Infelizmente, por mais que as políticas públicas estejam presentes, a gestão de risco está longe de ser efetivada na prática. Entre 2012 e 2014, o Brasil investia cerca de R$2,5 bilhões anuais em prevenção de desastres. Em 2019 esse valor caiu para R$300 milhões, sendo que apenas R$99 milhões foram liquidados e nada foi utilizado na prevenção das inundações", revela Jacques que concluiu seu doutorado em Geografia no IG no final de 2021." (FONSECA, 2022)
Petrópolis: não foi um desastre natural! Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2022/02/22/petropolis-nao-foi-um-desastre-natural>.

3. VULNERABILIDADE E IMPACTO SOCIOAMBIETAL: ANÁLISE DE CASOS EM COMUNIDADES INDIGENAS

3.1 CONFLITOS RELATIVOS A DIREITOS TERRITORIAIS

Assim compreendido os conceitos principais de meio ambiente, justiça ambiental e vulnerabilidade socioambiental, é passível a análise em determinadas minorias as quais são atingidas diretamente pelos impactos da omissão/ação humana.

O Brasil está imerso num cenário perene de contenda entre povos indígenas e garimpeiros, latifundiários e lavradores no que tange à delimitação de glebas. Esta contenda implica (e ameaça) a subsistência, permanência e herança cultural de comunidades originárias no solo nacional. Neste contexto é que se depara com o "Marco Temporal", argumento jurídico debatido tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Congresso Nacional.

O "Marco Temporal" postula uma circunstância temporal para discernir as terras indígenas suscetíveis à demarcação daquelas que não o são. Em síntese, conforme a "doutrina do Marco Temporal", somente os territórios que estavam sob ocupação ou contestação (persistente usurpação) pelas comunidades tradicionais até o dia 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição Federal) devem ser sujeitos ao procedimento demarcatório.

A deliberação acerca do Marco Temporal e da demarcação de terras indígenas havia sido interrompida em 2021 e apenas retomada em 2023. Uma vez que era preconizada prioritariamente a "integração" das populações indígenas ao restante da sociedade, no Estatuto do Índio[115] (Lei 6.001) promulgado em 1973, a Constituição passou a assegurar o respeito e a proteção à cultura das populações originárias.

115 De acordo com o Manual De Comunicação Da Secretaria Da Comunicação Social (Secom), o termo "Índio" entra em desuso: "Para designar o indivíduo, prefira o termo indígena a índio. Indígena significa "originário, aquele que está ali antes dos outros" e valoriza a diversidade de cada povo. Para se referir ao dia 19 de abril, a Secom adota o termo Dia dos Povos Indígenas (com iniciais maiúsculas), em vez de Dia do Índio. Recomenda-se também o uso dos termos aldeia, terra ou território indígena, em vez de tribo. Para o grupo de indígenas, use etnia ou povo."

A Constituição Federal de 1988, em seu dispositivo consignado no artigo 231, reconhece aos povos indígenas o direito à sua estrutura social, práticas culturais, idiomas, credos, costumes e prerrogativas ancestrais sobre os territórios que tradicionalmente habitam.[116] Importa ressaltar que para a efetivação desse direito não se estabelece qualquer limite temporal. Ademais, é imperativo salientar que a doutrina do Marco Temporal não reflete com acuidade a realidade, haja vista que inúmeros povos indígenas já não ocupavam suas terras até o ano de 1988, uma vez que foram anteriormente despojados de seus territórios primigênios.

Acrescente-se a isso que, em concomitância com o debate travado no âmbito do STF (quanto à constitucionalidade ou não do Marco Temporal), tramitou no Congresso Nacional e, posteriormente, foi sancionada, a Lei n° 14.701, datada de 20 de outubro de 2023[117], a qual normatizou o preceito estabelecido no artigo 231 da Magna Carta

116 "O constituinte de 1988 entende que a população indígena deve ser protegida e ter reconhecidos sua cultura, seu modo de vida, de produção, de reprodução da vida social e sua maneira de ver o mundo" afirmação realizada pelo professor Gustavo Proença, pesquisador da área de direitos humanos, para Agencia Brasil. **Povos Indígenas: conheça os direitos previstos na Constituição**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/povos-indigenas-conheca-os-direitos-previstos-na-constituicao>.

117 As diferenças políticas e jurídicas sobre o tema levaram a várias ações do governo, referentes a imposição do Marco Temporal. Essas controvérsias têm causado conflitos constantes entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Como, no Judiciário, em 27 de setembro de 2023, o Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou a ideia do marco temporal para a demarcação de terras indígenas, decidindo que a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) não pode ser usada para definir a ocupação tradicional da terra por essas comunidades. No Legislativo, foi criada a Lei nº 14.701, que trata do reconhecimento, demarcação, uso e gestão de terras indígenas. Em seguida, no Executivo, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei 14.701, mas vetou algumas partes, incluindo a que dizia que os povos indígenas só teriam direito às terras que ocupavam ou reivindicavam em 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da atual Constituição Federal).
Ainda em 2023, no entanto, o Congresso Nacional derrubou os vetos do presidente Luiz Inácio Lula da Silva ao projeto de lei que estabelece a tese do marco temporal. Em resposta, partidos políticos, já em 2024, apresentaram uma ação de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, questionando a validade das regras aprovadas pelo Congresso Nacional, que dizem que os povos indígenas só têm direito ao reconhecimento e demarcação de territórios se comprovarem sua presença nas áreas em 5 de outubro de 1988.

e, de maneira agravante, complicou o procedimento de demarcação de terras indígenas — inclusive recorrendo ao argumento do marco temporal —, ameaçando assim a salvaguarda do direito dos povos indígenas às suas terras e a preservação de sua cultura e modo de vida, distintos enquanto entidades coletivas.

A inexistência de delimitação territorial reduz, de maneira alarmante, a salvaguarda desses grupos étnicos, viabilizando a ocupação dessas regiões para a implantação de instalações militares, malhas viárias, sistemas ferroviários, exploração de recursos energéticos e atividades mineradoras. Tal constatação evidência não apenas a vulnerabilidade dos povos indígenas e de sua cultura, mas também a ameaça que paira sobre o habitat que ocupam e o equilíbrio ambiental que preservam.

Ao longo da história, as comunidades indígenas no território brasileiro sofreram inúmeras manifestações de agressão, culminando em sua dizimação e desapossamento de suas terras.[118] A imposição de um referencial temporal não passa de uma artimanha para perpetuar tal violência, obstruindo assim a salvaguarda dos povos indígenas em

Barroso vota contra marco temporal e STF tem 4 votos a 2 contra tese ruralista. Brasil de Fato, 31 de agosto de 2023. Disponívelem:https://www.brasildefato.com.br/2023/08/31/barrosovota-contra-marco-temporal-e-stf-tem-4-votos-a-2-
'Nosso direito à terra é ancestral': Indígenas protestam contra o marco temporal em Porto Alegre. Brasil de Fato, 31 de agosto de 2023.Tal situação afeta profundamente centenas de indivíduos e o destino do planeta.
Disponível em: https://www.brasildefators.com.br/2023/08/31/nossodireito-a-terra-e-ancestral-ativistas-protestam-contra-omarco-temporal-em-porto-alegre

118 O rol de transgressões contra a humanidade perpetradas pela ditadura militar contra as comunidades indígenas é vasto. Dentro deste panorama, incluem-se torturas, bombardeios de aldeias, emprego de agentes biológicos e deslocamentos compulsórios, resultando na morte de mais de 8,3 mil indígenas em todo o território nacional. Embora esta cifra seja vinte vezes superior ao número de óbitos e desaparecidos registrados nas áreas urbanas, este aspecto da narrativa histórica é frequentemente relegado ao esquecimento ao abordarmos os impactos do regime ditatorial. Este silenciamento perpetua a invisibilidade e marginalização das comunidades indígenas na memória coletiva do país. Com isso "A Memória Perigosa" configura-se como uma série documental que escrutina a política de extermínio perpetrada pelo Estado brasileiro contra as populações indígenas durante o regime ditatorial civil-militar, bem como a heróica resistência dos povos indígenas. Disponivel em: https://www.laboratoriocisco.org/memoria?lang=en

relação às suas terras e tradições primordiais. No escopo do aparato estatal, este tema tem suscitado debates acalorados.

A inconstitucionalidade declarada pelo STF da tese do Marco Temporal, decidindo que a Constituição se refere não apenas às áreas atualmente ocupadas, mas também àquelas que têm ligação com a ancestralidade e a tradição dos povos indígenas. Traduzindo o sentido de posse da terra, como um direito fundamental assegurado aos povos indígenas, o qual não pode ser dissociado dos demais direitos a eles garantidos, estando profundamente vinculado à dignidade étnica de uma nação.

Ao final do ano de 2022 a estratégia de proteção territorial da Fundação Nacional do Índio (Funai)[119] aplicava-se apenas aos territórios indígenas oficialmente reconhecidos com os procedimentos de demarcação concluídas pelo Presidente da República. De acordo com a Plataforma Cartografia das Terras Indígenas do Brasil, gerenciada pelo Instituto Socioambiental (ISA), 239 das 726 terras indígenas do país não foram homologadas. Esta ação viola a Carta Magna e os acordos internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas.[120]

119 A FUNAI (Fundação Nacional do Índio) foi criada na data de 05 de dezembro de 1967, mediante Lei nº 5371, se tornando o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro estando vinculado ao Ministério dos Povos Indígenas. É de responsabilidade da Funai desenvolver estudos de identificação, demarcação, delimitação e regulamentação fundiária e o registro de terras ocupadas pelos povos indígenas, bem como fomentar políticas de proteção aos povos isolados. Conforme breve definição de: A Funai. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/Institucional>.

120 Ao justificar a medida, a Funai asseverou que o direito constitucional de propriedade dos não indígenas é uma "cláusula pétrea" cuja "indevida restrição" vinha ocasionando condenações judiciais desfavoráveis à autarquia. "Esse tipo de conta é quitada por todos os brasileiros", redigiu em nota no sítio oficial. Há uma autêntica política de devastação do território indígena para transferência ao setor privado que almeja auferir lucro. Portanto, trata-se de uma dimensão do estado de exceção. Sendo obrigação do Estado garantir que seja exclusivo o usufruto de territórios ocupados por indígenas por eles mesmos, independentemente da etapa em que estão, conforme preceitua Carla Cetina, assessora jurídica do Cimi.

Um fato recorrente no Brasil contemporâneo, é que os manifestantes asseveram que a questão do não atendimento de algumas de suas reivindicações não possui relação direta com a carência de orçamento, mas sim com a inércia do Estado. A ausência de ações governamentais resulta em um contínuo ataque ao sistema de garantias fundamentais, com comunidades inteiras sendo alvo de transgressões.[121]

3.2 DANOS CAUSADOS PELA MINERAÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS

Foi mapeado pelo Instituto Igarapé uma rede de atividades ilícitas associadas aos crimes ambientais que poluem e desmatam a Amazônia. Conforme a notícia, foram escrutinadas 369 operações com a participação da Polícia Federal (PF) na Amazônia Legal entre 2016 e 2021[122]. A faceta mais evidente da atuação reside em atividades que degradam diretamente a floresta, tais como a extração ilegal de madeira,

121 A respeito disso um acampamento organizado pelos Povos Indígenas da Bahia ocorreu durante aproximadamente cinco dias em Salvador, onde representantes de diversas comunidades indígenas se reuniram para apresentar as demandas dos numerosos territórios participantes. É crucial destacar que as reivindicações expostas são de natureza histórica, com esses povos lutando por muitos anos. As demandas abrangem melhores condições de saúde, educação e a implementação de projetos destinados ao desenvolvimento coletivo. Os pedidos dos cidadãos são queixas históricas que permanecem sem solução. O governo Bolsonaro foi um dos principais atores no avanço dos processos de precarização da qualidade de vida e violações de direitos ocorridos nos últimos anos, no âmbito da defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais dos povos indígenas. Atualmente, o Ministério dos Povos Indígenas foi estabelecido pelo governo eleito, mas é crucial assegurar a autonomia necessária para atuar na proteção desses povos, ao invés dos interesses de diversas figuras influentes, como o capital financeiro. acampamento dos povos indígenas reivindica demandas antigas das comunidades Data de Publicação: 29/04/2022 Link de Acesso: https://www.brasildefato.com.br/2022/04/29/baacampamento-dos-povos-indigenas-reivindicademandas-antig

122 A leitura do artigo **"O ecossistema do crime ambiental na Amazônia: uma análise das economias ilícitas da floresta"**, lançado em fevereiro de 2022 pelo Instituto Igarapé, é ideal pois como reforça Melina Risso, diretora de Pesquisa do Instituto Igarapé. "O lócus do crime ambiental é a Amazônia Legal que acaba sofrendo os impactos sociais, econômicos e ambientais. Porém, os desdobramentos ultrapassam suas fronteiras. Atividades criminosas em diferentes estados brasileiros e países sul americanos participam dessa cadeia de ilicitudes amazônica". Podendo ser acessado

o garimpo clandestino, a usurpação de terras públicas e a agropecuária. Segundo a pesquisa, metade das operações analisadas está vinculada a associações ou organizações criminosas. Aproximadamente um terço das ações estão vinculadas a crimes violentos contra indivíduos, trabalho escravo, tráfico de entorpecentes ou posse de armamentos, munições e explosivos. A extração de ouro foi a atividade que mais se associou a delitos tributários, lavagem de capitais e outros crimes ambientais, como a poluição. Atos de corrupção e lavagem de dinheiro estão presentes em aproximadamente 20% das operações. [123]

A mineração, é definida pela Organização das Nações Unidas, como processo de extração, elaboração e beneficiamento de minerais encontrados no estado natural sólido (Por exemplo: carvão, petróleo e gás natural). Sendo uma das atividades econômicas mais antigas do Brasil, com oportunidades de desenvolvimento tanto na superfície quanto em área subterrânea. Apesar de seus benefícios econômicos, a mineração tem uma série de consequências negativas para a sociedade e viola os direitos individuais e coletivos. Nesse ponto fundamental, Maria Amélia Enríquez, introdutoriamente, estima que:

> Consciente ou inconscientemente, o consumo de bens minerais está presente em quase todos os setores da vida moderna: de insumos para agricultura até os sofisticados materiais para indústria eletroeletrônica; de bens de consumo aos grandes equipamentos industriais; da produção de medicamentos e

em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2022/07/2022-07-AE-territorios-e-caminho-do-crime-ambiental-amazonia-brasileira.pdf

123 Segundo o perito criminal Erich Adam, do núcleo de gestão estratégica da Dicor (Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado) da Polícia Federal "hoje há organizações criminosas que detêm poder econômico e logístico de ter na mão toda a cadeia do ouro, desde o momento em que está no garimpo até joalherias na Europa e nos Estados Unidos". Assim há uma facilitação brasileira ao processo de lavagem de dinheiro com a comercialização de ouro ilegal. Para mais informações: Ferreira, F., & Maisonnave, F. (2021, Abril 5). Regras frouxas e órgão sucateado dificultam combate à corrupção e lavagem na cadeia do ouro. Folha de São Paulo [SP]. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/regras-frouxas-e-orgao-sucateado-dificultam-combate-acorrupcao-e-lavagem-na-cadeia-do-ouro.shtml

> cosméticos até a indústria aeroespacial, entre tantos outros usos. Não obstante a sua importância histórica e atual, há muita polêmica quanto ao efetivo papel da mineração para o desenvolvimento dos espaços territoriais onde ela ocorre (ENRÍQUEZ, 2008, p.25).

Em concordância ao entendimento de Lewis Jr à respeito da área financeira, os países abundantes em recursos minerais não possuem "vantagens", mas sim "problemas" para alcançar o progresso econômico, visto que abundância da mineração prejudica o desempenho de outras atividades. Assim as comunidades afetadas pela presença de mineradoras têm determinada tendência, como: as empresas se instalam com promessas de emprego e de progresso socioeconômico da região, mas após um curto período de tempo, tem-se o surgimento de inúmeros impactos negativos de ordem cultural, social e ambiental, relacionados à uma conduta governamental, seja de omissão (falta de fiscalização rigorosa e isenta de órgãos governamentais) ou de ação (interesse crescente do Poder Público em investir na mineração de maneira desenfreada, considerando, por exemplo, a arrecadação tributária).

Destacando que a mineração é considerada atividade econômica com menos cuidados no que se refere delimitação de problemas ambientais. Segundo Penna, este tipo de descaso é encorajado pela distância entre os centros urbanos e os indivíduos conscientes dos danos possíveis provenientes do exercício das mineradoras. Os problemas mais frequentes em tal contexto são o aumento de doenças respiratórias nas comunidades locais, a poluição sonora e a morte por acidente de trabalho. Relativamente aos danos ambientais, alguns exemplos incluem: (i) a destruição da fauna e flora local; (ii) a erosão do solo, o que torna difícil ou impossível a sua utilização para fins agrícolas; (iii) contaminação do solo e do lençol freático; (iv) poluição do ar; e (v) alimentos contaminados.

A mineração extensiva e desregrada retoma a questão atrelada às definições de racismo ambiental[124], uma vez que tal atividade avança principalmente, em unidades de preservação ambiental e em áreas habitadas por povos indígenas, de maneira condicionada a atingir desproporcionalmente os que ali residem. Associado ao que ocorre, a tendencia de sufocamento cultural, atingindo modos de vida, organização e os processos históricos de resistência dessas comunidades. Já que, essas comunidades têm uma conexão profunda com a natureza e dependem dos recursos naturais para sua subsistência e práticas tradicionais.

A constante da expansão do garimpo ilegal nas últimas décadas tem seu efeito devido o relaxamento dos órgãos de fiscalização e controle ambiental, além da persistência de impunidade em relação à extração ilegal do ouro. Aliando-se a isso uma elevação ao valor do ouro em mercado internacional e a forte influência de lideranças políticas. Embora seja proibida por lei desde o Estatuto do Índio de 1973 e pelo artigo 231 da Constituição Federal, a atividade de garimpo continua a se expandir sobre as Terras Indígenas (TIs) na Amazônia. As principais áreas de concentração do garimpo ilegal são: TI Yanomami (em Roraima e Amazonas), TI Sararé e TI Paukalirajausu (ambas dos Nambiquaras, em Mato Grosso), TI Baú e TI Menkragnoti (dos Kayapós, no Pará), TI Sai-Cinza e outras terras dos Mundurukus, Kayabis e Apiakás (em Mato Grosso e Pará).18

As terras indígenas Yanomami tem sofrido nos últimos anos[125], com a persistência do garimpo ilegal, as consequências da mineração

124 A extensiva explanação a respeito de racismo ambiental, é de relevância pois aqui a abordagem feita por Iara Tatiana Bonin, Doutora e mestre em educação, que desenvolve projeto de pesquisa sobre temática indígena. Em que delimita breve e claramente que " Sob as bases do pensamento racista parecem aceitável a precarização das condições de vida e a morte de alguns para assegurar as condições de vida de outros. Tem-se, portanto, um modo de funcionamento do racismo que não diz respeito somente à prática de assassinato e de extermínio direto, mas também ao ato de expor certos grupos ao perigo e de multiplicar os riscos para suas vidas." podendo ser feita uma leitura mais aprofundada do artigo **"As faces do racismo contra povos indígenas no Brasil" :** relatorio-violencia-povos-indigenas-2020-cimi-1.pdf

125 Como indicação que trará uma maior clareza a respeito do que ocorre, o documentário "O Rastro do Garimpo" retrata o crescimento da mineração ilegal em

incluem o desmatamento intenso, que abarca também áreas protegidas por legislações ambientais, sendo o uso indiscriminado de recursos hídricos contribuinte para a contaminação do solo e das reservas de água, assim promovendo complicação para a realização de atividades familiares.[126]

Cabe salientar que o frequente contato com o metal usado no garimpo é neurotóxica e pode causar danos graves e permanentes, como problemas cognitivos e motores, perda de visão, além de afetar os rins, o coração e o sistema reprodutor. Destacando dados que 37% de mercúrio emitido globalmente provém de garimpagem de forma manual (GIBB; O'LEARY, 2014). Corroborando com a tese de que o problema não é novidade, em 2016, através de estudos feitos pela FIOCRUZ comprovaram que povos indígenas situados em regiões de proximidade aos garimpos do rio Uraricoera demonstraram elevados índices de contaminação por mercúrio, principalmente na forma de metilmercúrio, o qual proporciona danos graves à saúde.

Em relatório publicado em abril de 2022, intitulado por "Yanomami Sob Ataque", através da Hutukara Associação Yanomami,

---

Roraima, especialmente a partir de 2017, e destaca o trabalho do Ministério Público Federal (MPF) tanto na esfera judicial quanto extrajudicial para proteger os povos Yanomami. Foi produzido pela Secretaria de Comunicação do MPF, o curta-metragem, com 20 minutos de duração, filmado na aldeia indígena de Surucucu, em fevereiro de 2023. Nos depoimentos registrados, a omissão do Estado e a ausência de políticas públicas eficazes são apontadas como causas da grave crise sanitária enfrentada pelos Yanomami. A denúncia ocorreu através da divulgação da investigação feita pelo MPF em parceria com a Polícia Federal em 2022, a operação YOASI, de um esquema que teria desviado inúmeros medicamentos que seriam enviados à terra Yanomami. Disponível em: https://youtu.be/kXC08YNhRCk?si=OzsHW5cmQR_ypHIF

126 Interessante assistir o Documentário realizado pela UFPE em busca das causas e soluções para esse problema relacionados ao garimpo, mais especificamente aos efeitos danosos à saúde dos povos expostos aos, dejetos um destaque nutricional. Diálogo com os professores Renato Athias, do Departamento de Antropologia e Museologia da UFPE, Haroldo Monteiro, do Departamento de Geologia da UFPE, e Fernanda Tavares, do Departamento de Nutrição da UFPE. Destaque para a fala do professor Renato Athias "Tem que ter uma avaliação geral, não só do estado nutricional e da parte de recuperação nutricional, mas em outros processos patológicos aquele indivíduo tem [...] garantir que entre apoio para que médicos enfermeiros e trabalhadores da Saúde possam entrar na área" UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE. **O Caso Yanomami | Documenta UFPE**. Disponível em: <https://youtu.be/qmKsGmDBKR8?si=XLdMwpC2n87PCGO_>. Acesso em: 11 jun. 2024.

em que são exibidas trajetória e consequências do crescimento do garimpo ilegal e sua trajetória ascendente desde 2016. Cálculos demonstraram que o garimpo nas Terras Indígenas Yanomami cresceu 3350% de 2016 à 2020. "À medida que os núcleos garimpeiros ilegais se proliferam e crescem nas diferentes regiões da terra indígena, as comunidades vizinhas sentem a perda do 'controle' sobre o seu espaço de vida", adverte o relatório.

É necessário apreciar que toda alteração do homem à estabilidade ecológica, retorna consequências a longo prazo, consoantes à impactos ambientais, econômicos e políticos. Assim, o resultado e método de reduzir tais impactos podem ser as Resoluções do CONAMA, em conformidade com o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da precaução e o princípio da prevenção, estabelecem uma série de medidas e exigências para a instalação e operação de empreendimentos com potencial para causar danos ambientais significativos.

No setor de mineração, sobressaem-se, por exemplo, a condução de audiências públicas (onde tais atividades são implantadas) e estudos de impactos ambientais (EIA), possibilitando a gestão ambiental com mínimas perdas na biodiversidade, nos recursos hídricos e na vida, especialmente das comunidades locais.

No contexto da jurisprudência ambiental, a Lei nº 9.605/1998, denominada Lei de Crimes Ambientais, estabelece penalidades penais e administrativas para as atividades que ocasionam prejuízos ao ecossistema, incluindo a exploração clandestina. Ademais, a Lei nº 12.651/2012, que promulgou o recente Estatuto Arbóreo, estipula diretrizes abrangentes acerca da tutela dos bosques e outras formas de flora.

Consoante o preceito 225 da Constituição Federal de 1988, o direito ao ambiente equilibrado ecologicamente e a uma qualidade de vida salubre constitui um bem comunal e sob tutela estatal. Ademais, subsiste o imperativo legal, consagrado na Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 (e regulamentado pelo Decreto 99.274/90), de indenizar

danos ambientais, englobando os danos acarretados por atividades extrativistas.

A carência de comunicação com as comunidades indígenas e a inexistência de medidas eficazes de atenuação apenas exacerbam tais adversidades.[127] Tal desiderato pode ser alcançado mediante a implementação de políticas públicas mais inclusivas e transparentes, que assegurem a participação das comunidades no escrutínio decisório e que estipulem medidas apropriadas de resguardo ambiental e de ressarcimento pelos impactos adversos decorrentes da atividade mineradora.

Dessa forma, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também sublinha a imperiosidade da prévia, livre e informada interpelação às comunidades quilombolas antecedentes à implementação da atividade mineradora, uma prerrogativa que, frequentemente, não é acatada. Torna-se ainda imprescindível a observância do Código Florestal, do Código de Mineração e da Legislação Nacional de Proteção à Fauna, marcos normativos relevantes à salvaguarda jurídica do meio ambiente e mecanismos de contenção da desmedida expansão das operações extrativistas.

Milanêz, Hogan e Molina (2019) salientam que as políticas governamentais concernentes aos direitos de povos tradicionais no Brasil frequentemente são desconsideradas ou mal implementadas, acarretando violações recorrentes desses direitos. Ademais, a ausência de vigilância e supervisão também por parte do Estado possibilitou a exploração clandestina de mão de obra em condições precárias e a

127 No decurso dos anos de 2019 a 2022, o ex-presidente Jair Bolsonaro promoveu uma série de medidas que enfraqueceram a proteção das terras indígenas e dos povos originários. Foram abolidas instituições de tutela ambiental e direitos indígenas (como o IBAMA e o ICMBio, e a extinção da FUNAI como órgão autônomo de proteção aos direitos indígenas, passando a ser vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento) , além do estímulo do governo brasileiro à franca exploração das terras indígenas. Somente em 2021, testemunhou-se a mais ampla ampliação da operação extrativista em três décadas e seis anos. Assim interessante acessar e ler alguns feitos do ex-presidente: MARCELA, L. et al. **GOVERNO BOLSONARO: IMPACTOS DO CONTEXTO POLÍTICO ATUAL NO ENSINO SUPERIOR INTERCULTURAL 1 2 1 2**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/4429/3608>. Acesso em: 11 jun. 2024.

transgressão dos direitos humanos, abrangendo inclusive a exploração sexual de mulheres e crianças (Milanêz, Hogan e Molina, 2019).

Em momento posterior às eleições de 2023, foi realizada a promulgação da Portaria nº 20, em que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) estabeleceu a Sala de Situação e Controle da Terra Indígena Yanomami, com o propósito de coordenar, planejar e monitorar as iniciativas de enfrentamento ao garimpo clandestino. Bem como o Decreto nº 11.405, datado de 30 de janeiro de 2023, que também enumera as entidades competentes e suas incumbências para reprimir a exploração aurífera clandestina no Território Yanomami, Decreto este que dispõe em seu Art. 1º:

> Para enfrentamento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional em decorrência de desassistência à população Yanomami e combate ao garimpo ilegal, ficam os Ministros de Estado da Defesa, da Saúde, Desenvolvimento Social e Assistência Social, Família e Combate à Fome e dos Povos Indígenas autorizados a efetuar as requisições de bens, servidores e serviços necessários: I - ao transporte de equipes de segurança, de saúde e de assistência: II - ao abastecimento de água potável, à alocação de cisternas e à perfuração de poços artesianos; III - ao fornecimento de alimentos relacionados com a cultura, as crenças e as tradições indígenas; IV – ao fornecimento de vestuário, de calçados e outros gêneros semelhantes; e V - à abertura ou à reabertura de postos de apoio da Fundação Nacional dos Povos Indígenas - Funai e de unidades básicas de saúde do Ministério da Saúde. Parágrafo único. Na hipótese de ser necessário o uso de propriedade particular, caberá indenização, na forma prevista no inciso XXV do caput do art. 5º da Constituição, observado o disposto na legislação (BRASIL. Decreto nº 11.405, de 30 de janeiro de 2023).

Por esse prisma, Beatriz Souza Costa e Celso Antônio Pacheco Fiorillo17 ressaltam que "O Princípio da Dignidade Humana sem um ambiente ecologicamente equilibrado não é possível, assim como proteger esse meio ambiente é fundamental." Portanto, é necessário que, antecipadamente, haja formas de prevenção aos impactos provenientes da atividade mineradora, procurando minimizar os efeitos negativos para a população e para o meio ambiente em sua volta, posto que trata-se de atividade econômica pouco atenta aos danos gerados por suas ações.

3.3 EFEITOS DA CRISE CLIMÁTICA

O isolamento de povos que vivem em terras indígenas é latente, a partir da dificuldade em deter alimentos, atendimento médico, água tratada. Assim verificado resultado dos eventos de seca no Norte e as enchentes do sul à esse isolamento, uma vez que são responsáveis pela deterioração de moradias, redução de renda familiar, por impossibilitar a mobilidade e a comunicação dessas comunidades com o exterior.

Validar a integração dos povos indígenas, não significa negar seu modo de vida e sua cultura, ou erradicar aldeias e Forçá-los a viver na cidade junto a "civilização". É adequar os serviços essenciais às necessidades reais. Conforme o líder Caimi Waiassé Xavante, da terra indígena Pimentel Barbosa, em Mato Grosso, em um texto para a publicação "Mudanças climáticas e percepção indígena", sua comunidade mantém uma conexão profunda "com todos os elementos da natureza" ao seu redor:

> Nossa vida e nossos ritos de passagem e de iniciação estão interligados com ela [a natureza] desde a primeira respiração até o nosso último suspiro. [...] Para sonharmos nossos cantos e termos sabedoria para compreendermos as respostas para nossas dúvidas e problemas devemos nos alimentar de espécies vindas dos nossos ecossistemas [...] Nossa

> saúde mental, física e espiritual está interligada com o que nos cerca, com a forma como nos alimentamos e levamos nossa vida em cada momento. Mas isso tudo vem sofrendo mudanças (WAIASSÉ, 2018, p.22).

Em outubro de 2023, o noticiário brasileiro revelou um cenário catastrófico, com eventos climáticos extremos em diversas regiões. No norte do país, desde agosto, as principais bacias hidrográficas da Amazônia, como Aripuaã, Beni, Branco, Coari, Guaporé, Içá, Japurá, Javari, Ji-Paraná, Juruá, Jutaí, Madeira, Mamoré, Marañon, Napo, Purus, Negro, Solimões, Tefé e Ucayali, registraram os menores índices fluviais dos últimos 40 anos. O rio Solimões, especificamente, apresentou a pior capacidade hidrográfica desde o início dos registros, há 121 anos. [128]

Embora os períodos de estiagem façam parte do ciclo climático da Amazônia, a seca de 2023, causada pela baixa densidade de chuvas, afetou drasticamente a vida de milhares de famílias, especialmente no estado do Amazonas. Segundo a Defesa Civil, essa seca histórica impacta os 62 municípios amazonenses, deixando 598 mil pessoas, principalmente indígenas e ribeirinhas, em condições difíceis.[129]

---

128 As informações provêm do monitoramento efetuado pelo Serviço Geológico do Brasil (SGB) e estão acessíveis no Boletim de Monitoramento Hidrológico da Bacia do Amazonas. Segundo os dados, uma nova mínima histórica foi atingida nesta quinta-feira (19) no Rio Amazonas, em Itacoatiara, com 90 centímetros. Na estação de Manacapuru, o Rio Solimões atingiu 3,61 metros, o menor nível registrado, ultrapassando a marca de 3,92 metros observada em 2010. Podendo ser acessado dados atuais, em: https://www.sgb.gov.br/publique/Hidrologia/Eventos-Criticos/Bacia-Amazonica-2023%7C2024-8328.html

129 Segundo a Defesa Civil, a seca histórica afetou os 62 municípios do Amazonas, impactando 598 mil pessoas, principalmente indígenas e ribeirinhos. Sessenta e quatro comunidades indígenas ficaram isoladas, sem acesso a transporte, combustível, alimentos, água potável e escolas, enquanto suas fontes de renda, como turismo, agricultura, extrativismo, pesca e comércio, encontraram-se comprometidas. A saúde dos moradores restou-se em risco devido ao consumo de água insalubre. A organização Apiam pediu ao governo que declarasse emergência climática.
Simultaneamente, chuvas intensas no Sul do Brasil alagaram cidades e desabrigaram milhares. Em Santa Catarina, a região do Vale do Itajaí, que abriga povos indígenas como Ibirama-Klaño, Xokleng, Guarani e Kaingang, foi gravemente afetada. Com o rio Itajaí-Açu subindo, muitas comunidades ficaram isoladas, perderam casas e pertences, e enfrentam falta de suprimentos e dificuldades de acesso a atendimento

Na pior hipótese, indivíduos que não têm para onde ir, agarram-se ao pouco que restou, ainda com o perigo de agravamento de desastres na região. De acordo com o cacique do povo Xokleng, Voia de Lima, não há lugar seguro nas aldeias, há falta de suprimentos básicos de alimentação e higiene, as crianças estão sem aulas e a obstrução de rotas de acesso dificultam a obtenção de atendimento médico.

É preciso mais que medidas de contingenciamento e as possibilidades são inúmeras. Significa criar políticas concretas a longo prazo, não apenas quando desastres acontecem. No entanto, é necessário salientar que não é falta de vontade política o problema da persistência dessa situação. Pelo contrário, é justamente por causa da vontade política, de grupos de interesse e lobbies no governo, que as coisas permanecem como estão.

Assim, o reconhecimento da importância da floresta Amazônica, como um dos principais reguladores do clima planetário, com a salvaguarda da floresta amazônica e a tutela dos direitos dos povos indígenas, abarcando a batalha contra a mineração clandestina nas terras Yanomami, devendo ser encaradas como uma incumbência de caráter global. Cumpre salientar ainda a relevância da cooperação internacional, exemplificada pela instauração da Agenda 2030, a qual consagrou o pacto entre 193 nações, convocadas pelas Nações Unidas, visando estabelecer um plano de sustentabilidade a ser atingido até o término do ano de 2030.[130]

---

médico. A previsão no perído de 2023 foi de seca no norte até dezembro e chuvas acima da média no sul até novembro, demonstrando a má distribuição das chuvas e a negligência estrutural sofrida pelos povos originários, agravada pela ausência de políticas públicas concretas e inclusivas. Conforme dados que podem ser acessados por: https://www.tempo.com/noticias/actualidade/indigenas-do-amazonas-pedem-que-b
https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2023/10/23/seca-deixa-ribeirin
https://fastcompanybrasil.com/impacto/seca-na-amazonia-atinge-comunidades-rib
https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2023/10/12/chuva-intensa-deixa-cidadehttps://www.manaus.am.gov.br/noticias/assistencia/operacao-estiagem-baixo-ama

130 "Estamos determinados a proteger o planeta da degradação, sobretudo por meio do consumo e da produção sustentáveis, da gestão sustentável dos seus recursos naturais e tomando medidas urgentes sobre a mudança climática, para que ele possa suportar as necessidades das gerações presentes e futuras", diz um dos trechos do documento

Logo, essa proclamação abarca 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas a serem atingidas. De maneira integral, tem como primordial fomentar o desenvolvimento sustentável, assegurando a salvaguarda do meio ambiente e o fomento dos direitos humanos. Tais objetivos e metas devem ser aplicados para propugnar pela proteção dos territórios, a preservação ambiental e a garantia dos direitos dos povos indígenas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho explorou as complexas interseções entre meio ambiente, impacto socioambiental, justiça ambiental e vulnerabilidade, com um foco específico nas comunidades indígenas. Os temas abordados destacam a urgência de uma abordagem mais densa e interdisciplinar para compreender e mitigar as diversas formas de desigualdade e injustiça que marcam o cenário ambiental contemporâneo.

Primeiramente, a dimensão do meio ambiente foi analisada como um componente essencial para a qualidade de vida e a sustentabilidade. Sendo reconhecido quer a degradação ambiental não afeta apenas os ecossistemas, mas também as comunidades humanas que deles dependem. A análise de casos em comunidades indígenas revelou como práticas extrativistas, desmatamento e outros processos destrutivos ameaçam não apenas o meio ambiente, mas também a cultura, a saúde e a sobrevivência dessas populações.

O impacto socioambiental foi discutido à luz das consequências adversas que as atividades humanas podem ter sobre as comunidades vulneráveis. A exploração desenfreada dos recursos naturais e a falta de políticas públicas efetivas resultam em sérios desequilíbrios, expondo essas comunidades a riscos elevados e comprometendo seu bem-estar.

da Agenda 2030 da ONU publicado em seu site oficial, reforçando a importância do tema da mudança do clima com seus objetivos gerais.

A justiça ambiental enfatiza que todos os indivíduos, independentemente de sua origem étnica, econômica ou social, têm direito a um ambiente saudável e seguro. No contexto brasileiro, a justiça ambiental é particularmente relevante, considerando a histórica marginalização das comunidades indígenas e outras populações vulneráveis. A busca por justiça ambiental implica não apenas na redistribuição equitativa dos benefícios e ônus ambientais, mas também na participação ativa dessas comunidades na tomada de decisões que afetam suas vidas e territórios.

O conceito de vulnerabilidade foi explorado em suas múltiplas dimensões, evidenciando como fatores sociais, econômicos e ambientais interagem para criar situações de fragilidade. As comunidades indígenas, frequentemente localizadas em regiões de alto valor ecológico, são especialmente vulneráveis às mudanças ambientais e às políticas de desenvolvimento que não consideram suas necessidades e direitos. A vulnerabilidade não deve ser vista apenas como uma condição passiva, mas também como uma chamada à ação para fortalecer a resiliência e a capacidade de adaptação dessas comunidades.

Em síntese, as políticas públicas e as iniciativas de desenvolvimento devem ser desenhadas e implementadas com uma abordagem participativa, garantindo que as vozes das comunidades indígenas e outras populações vulneráveis sejam ouvidas e respeitadas. Somente assim será possível avançar rumo a um futuro mais justo, equitativo e sustentável, onde o meio ambiente seja protegido e todos os indivíduos possam desfrutar de uma vida digna e saudável.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, 11. Justiça Ambiental- novas articulações entre meio ambiente e democracia. In BASE/CUT-RJ/IPPUR-UFRJ. Movimento Sindical e Defesa do Meio Ambiente - o debate internacional. Rio de Janeiro: [s.n.]. 2000. p. 7-12

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. Oque é justiça ambiental. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALVES, H. P. F.; TORRES, H. G. Vulnerabilidade socioambiental na metrópole paulistana: uma análise sociodemográfica das situações de sobreposição espacial de problemas e riscos sociais e ambientais. São Paulo: R. bras. Est. pop., v. 23, n. 1, p. 43-59, jan/jun 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

BALLESTRIN, L. América Latina e o giro decolonial. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 11, p. 89–117, 1 ago. 2013.

BINSWANGER, Hans C. Fazendo a sustentabilidade funcionar. In: CAVALCANTI C. Meioambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. Resolução n 001, de 23 de janeiro de 1986.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial 1.310.471-SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DJe 01/08/2013 (2013). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/ processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102932952&dt_publicacao=17/09/2013>.

BRASIL. Lei nº. 6.938/81. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br.

BUSSO, G. La vulnerabilidad social y las políticas sociales a inícios del siglo XXI: una aproximación a sus potencialidades y limitaciones para los países latinoamericanos. Santiago do Chile: CEPAL/ CELADE, 2001.

CAIADO, M. C. S. Distribuição espacial da população e estruturação do espaço urbano. Campinas, IFCH/Unicamp, 2001. Mimeo.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

Cf. BECK, U. From Industrial to Risk Society: questions of survival, social structure and ecological enlightenment. Theory, Culture & Society v.9, p.97-125,1992

COSTA, Beatriz Souza; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Tutela jurídica dos recursos ambientais minerais vinculada ao conceito democrático de segurança nacional. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 9, n. 18, p. 32, jul./dez. 2012.

DURKHEIM. Cap. II. Solidariedade mecânica ou por similitudes; Cap. III. A solidariedade devida à divisão do trabalho ou orgânica (pp. 39-109). In: Da Divisão do Trabalho Social. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENRÍQUEZ, Maria Amélia. Mineração: maldição ou dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira. São Paulo: Signus, 2008.

FIORILLO, Celso A. O bem ambiental pela Constituição Federal de 1988 como terceiro gênero de bem, a contribuição dada pela

doutrina italiana e a posição do Supremo Tribunal Federal em face do HC 89.878/10. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 1, n. 1, p. 11-46, 2011.

Granziera, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. São Paulo, Atlas, 2011.

Justine Thornton e Silas Beckwith, Environmental Law, London: Sweet e Maxwell, 1997, p.2.

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Maria Murgel. Brasil: uma biografia. . São Paulo: Companhia das Letras.

MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). Direito ambiental: direito ambiental internacional e temas atuais. São Paulo: RT, 2011. p. 1063. Ambos participaram de vários grupos de trabalho, cabendo a sistematização, redação final e das" Justificativas" à Georgette N. Nazo.

MACHADO, P. A. L. Legislation and incentives for environmental protection. Conference Interplanetary On Environmet, NAIROBI - KENYA, p. 2-2, 1984

NABACK, Clarissa; GUIMARÃES, Virgínia Totti. Disputas em torno da moradia e do meio ambiente na região da Barra da Tijuca: os casos da Vila Autódromo e do Campo de Golfe Olímpico. In: XVIII ENANPUR Encontro Nacional da Associação Nacional de PósGraduação e Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional, 2017, São Paulo. Desenvolvimento, Crise e Resistência: quais os caminhos do planejamento urbano e regional? São Paulo: FAUUSP, 2017. v. 1.

Justine Thornton e Silas Beckwith, Environmental Law, London: Sweet e Maxwell, 1997, p.2.

KAZTMAN, R. Seducidos y abandonados: el aislamiento social de los pobres urbanos. Revista de la CEPAL, Santiago do Chile, n.75, p.171-189. dec.2001

KEULY, A.; BEZERRA, L. JUSTIÇA AMBIENTAL: História e desafios ENVIRONMENTAL JUSTICE: History and challenges. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://sinespp.ufpi.br/2018/upload/anais/MTM3.pdf?112548>.

KRENAK, Ailton. Ailton Krenak: "A Terra pode nos deixar para trás e seguir o seu caminho". Entrevista concedida a Anna Ortega. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Jornal da Universidade.

LEWIS JUNIOR, Stephen. Development problems of the mineral-rich countries. In: SYRQUIN, Moshe; TAYLOR, Lance; WESTPHAL, Larry E. (Eds). Economic structure and performance: essays ind the honor of Hollis B. Chenery. Orlando: Academic Press, 1984.

MACEDO, T. et al. ANÁLISE DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA HUMANA AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN ENVIRONMENTAL LAW FROM THE HUMAIN SECURITY PERSPECTIVE. [s.l: s.n.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=64a7157cf3932bf7>.

MADEIRA FILHO, Wilson (Org.). Direito e justiça ambiental. Niterói: PPGSD-Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, 2002.

MARCELA, L. et al. GOVERNO BOLSONARO: IMPACTOS DO CONTEXTO POLÍTICO ATUAL NO ENSINO SUPERIOR INTERCULTURAL 1 2 1 2. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/4429/3608>.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Édis (coord.). A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 363-374.

PACHECO, T., and FAUSTINO, C. A Iniludível e Desumana Prevalência do Racismo Ambiental nos Conflitos do Mapa. In: PORTO, M.F., PACHECO, T., and LEROY, J.P., comps. Injustiça ambiental e saúde no Brasil: o Mapa de Conflitos [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013, pp. 73-114. ISBN 978-85-7541-576-4. https://doi.org/10.7476/9788575415764.0004.

Paulo affonso Leme Machado, direito ambiental brasileiro, São Paulo: Malheiros. 13º edição. 2005 pp. 148-9

PENNA, Carlos Gabaglia. Efeitos da mineração no meio ambiente, 2009.

PIAGET, J. 1946 Le développment de la notion de temps chez l enfant, Presses Universitaires de France, Paris.

Povos Indígenas: conheça os direitos previstos na Constituição. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/povos-indigenas-conheca-os-direitos-previstos-na-constituicao>.

Quijano, AnÌbal 2000 ìColonialidad del poder, eurocentrismo y AmÈrica Latinaî em Lander, Edgardo (org.) La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas (Buenos Aires: CLACSO/UNESCO).

RUSTlN, M. Reinterpreting Risk In: SCOTT, J.W' KEATES, D(Eds) Schools of Thought - twenty-five years of interpretative socialial science. Princeton: Princeton University Press, 2001, p. 357.

SAMPAIO, R. DIREITO AMBIENTAL - Fundação Getúlio Vargas, 2011, p.22.

SANTILLI, Juliana. Os 'novos' direitos socioambientais. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas. Ano VI, n. 9. Porto Alegre: Ed. PUC-RS, novembro 2006.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. O sequestro da Independência. Revista USP, n. abr./maio/ju 2022, p. 13-32, 2022Tradução . . Disponível em: https://biblio.fflch.usp.br/Schwarcz_LM_3138655_OSequestroDaIndependencia.pdf.

SÉGUIM, E. Direito ambiental: nossa casa planetária. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DO CRIME DE ROUBO: SIMULACRO DA ARMA DE FOGO E OS ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Islanne Silva Viriato[131]

Márcia Amélia de Oliveira Bicalho[132]

RESUMO

A presente artigo, ocupa-se a discorrer sobre o uso de simulacro de arma de fogo no contexto do crime de roubo envolvendo a discussão no campo do Direito Penal, especialmente no que diz respeito à sua aplicação como causa de aumento de pena. De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o simulacro de arma de fogo não é mais considerado como uma causa de aumento do roubo. Isso ocorreu com o cancelamento da súmula do STJ que anteriormente admitia tal possibilidade. A partir desta súmula, originou a teoria objetiva e subjetiva. Através de uma pesquisa teórica será abordado doutrinadores que discutem o uso de simulacro de arma, bem como a arma quebrada ou desmuniciada como suficiente ou não para caracterizar a prática do delito de roubo, através do elemento da "grave ameaça". Além disso, será abordado as aplicações principiológicas que abrangem esse tema, vez que buscam garantir uma aplicação justa e equitativa das leis penais.

131 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Euro-Americano -UNIEURO

132 Possui graduação em LETRAS pela Universidade Federal da Paraíba (2006), Mestrado em Linguística pela Universidade Federal da Paraíba (2008), Doutorado em Linguística pela Universidade Federal da Paraíba (2013), Especialista em Criminologia e Psicologia Criminal pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Graduada em PSICOPEDAGOGIA pelo UNICESUMAR (2022), Graduada em PEDAGOGIA pelo UNICESUMAR (2021). Coordenadora do curso de Pedagogia da UNIMAUÁ Centro Universitário. Exerceu a função de Coordenadora Adjunta de Atividades Complementares e Professora Adjunta do Centro Universitário de João Pessoa. Atuou como Coordenadora do Curso de Letras do Centro Universitário Euro Americano - UNIEURO, atualmente é professora adjunta do curso de Direito da instituição. Professora Assistente I do Centro Universitário IESB no Projeto de Curricularização da Extensão EaD. Coordenadora do curso de Pedagogia da Faculdade IBRA (FABRAS). Graduanda do curso de Psicologia do Centro Universitário Euro Americano - UNIEURO. Atua em bancas de avaliação externa do INEP e FGV.

Palavras-chave: Simulacro; Elementar; Súmula; Causa de Aumento; Ameaça

ABSTRACT

This article discusses the use of simulated firearms in the context of the crime of robbery involving discussion in the field of Criminal Law, especially with regard to its application as a cause for increased sentences. According to the consolidated jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ), the simulacrum of a firearm is no longer considered a cause of increased robbery. This occurred with the cancellation of the STJ summary that previously admitted such a possibility. From this summary, the objective and subjective theory originated. Through theoretical research, scholars who discuss the use of a simulated weapon, as well as a broken or disarmed weapon, will be approached as sufficient or not to characterize the practice of the crime of robbery, through the element of "serious threat". In addition, the principle applications that cover this topic will be addressed, as they seek to guarantee a fair and equitable application of criminal laws.

Keywords: Simulacrum; Elementary; Summary; Cause of Increase; threat

INTRODUÇÃO

A crescente preocupação com a segurança pública e a necessidade de combater crimes violentos têm levado a uma análise mais aprofundada das legislações penais em todo o mundo. No contexto brasileiro, o crime de roubo é um dos delitos que mais despertam atenção das autoridades e da sociedade em geral devido à sua gravidade e impacto sobre as vítimas. E nesse sentido, o presente artigo visa aprofundar a compreensão sobre a incidência ou não da majorante do crime de roubo pela utilização de arma de fogo de

brinquedo, examinando seu impacto no ordenamento jurídico e na sociedade.

Para tanto, a seguinte artigo visa abordar essas questões de uma maneira ampla, e diante dessa temática, há a necessidade deste artigo abarcar como problema de pesquisa se os efeitos lesivos do simulacro de arma de fogo extrapolam os limites de um roubo simples ou não? Quais as críticas que podem ser feitas pelo desconhecimento da veracidade da arma na caracterização do delito para o autor do roubo? Este trabalho de conclusão de curso tem como hipótese de pesquisa aprofundar essa questão, explorando os fundamentos jurídicos, os precedentes jurisprudências que demonstram a lesividade superior ao simples portar uma arma de brinquedo com o desconhecimento pela vítima e a menor resistência desta para impedir a subtração do objetivo, fato este conhecido pelo criminoso.

O objetivo geral do presente trabalho foram abordar aspectos conceituais e legais do crime de roubo, bem como as características das armas de fogo próprias e impróprias, as divergências doutrinárias, demonstrando os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores e as decisões judiciais que moldaram a interpretação da lei nesse campo. Os objetivos específicos buscaram analisar acerca da incidência da majoração ou não do uso de simulacro de arma de fogo no crime de roubo, bem como analisar criticamente os princípios violados, a intimidação realizada constituir ou não a elementar do referido tipo penal e as implicações sociais para as vítimas. Nesse sentido, o presente Trabalho de Conclusão de curso, busca contribuir para a compreensão mais aprofundada dessa importante questão, oferecendo análises críticas e reflexões sobre a caracterização de roubo simples mesmo com a utilização de simulacro de armas de fogo no Brasil.

Este trabalho é uma pesquisa de natureza descritiva, partindo dos conceitos mais gerais sobre o crime de roubo e suas particularidades quando da utilização de simulacro de arma de fogo, a partir daí, será possível chegar a conclusões específicas como as consequências atuais e as críticas ao modelo atual. As fontes referenciais utilizadas

foram as fontes de pesquisa secundária, como as leis, entendimentos jurisprudenciais, doutrinários e outras produções científicas. Os tratamentos dos resultados de pesquisa utilizados foram de forma qualitativa analisando conceitos para gerar uma análise final acerca da descriminalização do uso de simulacro da arma de fogo no crime de roubo e os reflexos para as vítimas.

A artigo em questão foi dividido em três tópicos, no tópico 1 foi desenvolvido o conceito histórico do crime de roubo, e tem como subtópico as características deste delito, a tentativa e consumação, as formas do crime de roubo próprio e impróprio, a majorante da arma de fogo no roubo e por último, a diferença existente no crime de roubo e no latrocínio, no tópico 2 o tema abordado foi a majorante da arma de brinquedo à luz da Súmula 174 do STJ, foi dividido em subtópicos que trataram sobre o crime impossível e o princípio do Non Bis In Idem, abordando também a jurisprudência majoritária no STJ e uma breve análise do Estatuto do Desarmamento com a revogada Lei 9.737 DE 1997 - SINARM. No tópico 3 foram explorados os atuais reflexos da grave ameaça pela simulação da arma de fogo e o subtópico abordou as críticas à luz da legislação vigente Lei nº 13.654/2018.

1 BREVE HISTÓRICO: CRIME DE ROUBO: ART. 157 DO CÓDIGO PENAL

Antes de adentrar as particularidades sobre o crime de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal, é importante destacar que ao longo do tempo, este crime está presente na sociedade e pode ser considerado o crime mais antigo e mais cometido registrado na história. Desde os tempos antigos, leis foram criadas para punir os ladrões, incluindo as mais severas de amputação dos membros ou a morte. Como exemplo, vigorou o Código de Hamurabi que foi o primeiro código de leis da história, criado na Mesopotâmia e se baseava na conhecida "Lei de Tabelião". A respeito deste código, dispõe o historiador Carlos César Higas (2019):

> O Código de Hamurabi foi o primeiro código de leis da história e vigorou na Mesopotâmia, quando Hamurabi governou o primeiro império babilônico, entre 1792 e 1750 a.C. Esse código se baseava na Lei do Talião, que punia um criminoso de forma semelhante ao crime cometido, ou seja, "olho por olho, dente por dente". O Código de Hamurabi era constituído por 281 preceitos gravados em uma pedra negra e cilíndrica de diorito. Atualmente, essa pedra está exposta no Museu do Louvre, em Paris (França).

Com a evolução histórica, houve diversas mudanças na abordagem desse crime. As penas passaram a ser mais proporcionais ao delito e com a positivação nos códigos, surgiu também a introdução da ideia de reabilitação do infrator, ao lado da punição, desse modo, as penas de prisão tornaram-se mais comuns, substituindo em grande parte punições físicas severas. Nesse sentido, dispõe Flavia Lages Castro, (2013, p. 114), que: "no início do Direito Romano, tinha como pena a possibilidade de o ladrão, pego em flagrante, ser punido fisicamente (ser morto ou reduzido à condição de escravo) ".

Em resumo, o modelo atual adotado em muitos sistemas legais ao redor do mundo, tem por objetivo não apenas punir o criminoso, mas também reabilitá-lo e reintegrá-lo à sociedade. Isso é feito através de uma variedade de medidas, incluindo prisões com programas de reabilitação, serviços de aconselhamento e treinamento profissional para os infratores. O crime de roubo presume a caracterização da grave ameaça ou da violência para garantir a concretização da subtração do bem pretendido. Para André Estefam, (2010, p. 388), a grave ameaça associada ao crime de roubo envolve a capacidade de reduzir a capacidade da vítima de se defender, ou seja, consiste na intimidação realizada, podendo ocorrer por meio de gestos, palavras ou ações, além disso, pode ocorrer o crime simplesmente pelo ato de dizer "isso é um assalto.

No contexto contemporâneo, o crime de roubo com o uso de arma de fogo tem sua pena aumentada até ⅔ (dois terços), devido a

particularidade desta modalidade ensejar sérios riscos de violência e danos à integridade física das vítimas. Em diversos locais, o crime de roubo cometido com o uso de uma arma de fogo resulta em punições mais rigorosas do que o roubo comum, devido à ameaça imediata que representa para a vida e a integridade das pessoas envolvidas. Quando presente a arma de fogo, a gravidade do delito aumenta, pois o uso desse instrumento aumenta a gravidade da ameaça e da coação empregada à vítima para entregar seus bens, dinheiro ou propriedade. A utilização desse instrumento aumenta significativamente o perigo e o potencial de violência envolvidos nesse tipo de crime. Nesse contexto, sustenta Cunha (2018, p. 300) que o crime de roubo é composto por dois elementos jurídicos, que são o furto (definido no artigo 155 do Código Penal) e o constrangimento ilegal (definido no artigo 146 do Código Penal). Ele visa proteger tanto o patrimônio da vítima quanto a liberdade pessoal dela. Mesmo que seja um crime grave, que pode causar danos tanto ao patrimônio quanto à integridade física da vítima, o Código Penal não o categoriza como um crime contra a pessoa.

Assim como aconteceu com muitos outros aspectos da legislação no Código Penal Brasileiro o artigo 157, que trata do crime de roubo, passou por modificações nos últimos anos. Diante desse cenário, por muito tempo esteve presente, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, a discussão acerca da possibilidade ou não de ser incluído como causa de aumento de pena, o uso de simulacro de arma de fogo, como às armas de brinquedo, defeituosas ou até mesmo desmuniciadas. O Superior Tribunal de Justiça conforme antigo enunciado da súmula nº 174, que vigorou até 2001, permitia a caracterização como causa de aumento de pena para o crime de roubo, àquele praticado mediante a intimidação feita com o uso da arma de fogo de brinquedo por atuar de igual modo no temor gerado à vítima como se verdadeira fosse. Nas palavras de Greco (2010, p. 410), a utilização da arma aumenta a pena-base em razão da potencial capacidade ofensiva em conjunto com o poder intimidador sobre a vítima.

Ocorre que, diante das críticas constantes, com base na violação desta súmula em face dos preceitos fundamentais do Direito Penal, o Tribunal cancelou sua aplicação e passou a firmar o entendimento que apenas as armas de fogo, em efetivo funcionamento e sendo capaz de lesar a integridade física da vítima que poderia se enquadrar nas hipóteses do art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal. Adepto ao cancelamento desta súmula, Capez (2011, p. 471) entende que deve ser levado em consideração apenas a idoneidade para intimidar ou constranger o ofendido, não incidindo a causa de aumento se a arma sem capacidade lesiva, se torne tão evidente que se converte em inadequado até mesmo para amedrontar, aplicando-se, nesse caso, o crime impossível do art. 17 do Código Penal.

1.1 CARACTERÍSTICA DO CRIME

O crime de roubo integra o rol de crimes tipificados no Código Penal como sendo os crimes contra o patrimônio. Ele consiste na subtração de algo pertencente a um particular mediante violência ou grave ameaça, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. O núcleo do tipo penal deste crime pressupõe a subtração de coisa alheia móvel, para si ou para outrem conjugado com a imposição de grave ameaça ou violência contra a pessoa. Dispõe nesse sentido, o conceito de núcleo penal nas concepções de Hungria e Fragoso (1978, p. 83):

> Dentro do tipo legal do crime há um núcleo constituído pelo conjunto de atos que realiza o verbo ativo principal do tipo; mas há uma zona (zona periférica), mais ou menos extensa, que está fora do "núcleo": todo o primeiro grupo de atos, isto é, todos os que estão dentro do "núcleo" são atos de execução, e todos os que estão fora dele são preparatórios (Beling).

Caracteriza-se grave ameaça a promessa de um mal grave e iminente capaz de causar temor à vítima, mas de modo a diferenciar do que foi tipificado no art. 147 do Código Penal, a grave ameaça empregada no crime de roubo deve ser capaz não apenas de intimidar o sujeito passivo, mas também de proporcionar a subtração do bem desejado pelo sujeito ativo do delito. Já a violência pode ser dividida em 3 (três) tipos: a violência física, que inclui agressões, ferimentos leves, graves ou até mesmo homicídio; a violência moral, que se manifesta quando alguém intimida ou assusta a vítima por meio de ameaças, gestos ameaçadores ou a posse de uma arma, por exemplo. Essas ameaças podem ser direcionadas à própria vítima ou a terceiros; e por fim, a violência imprópria, que diminui a capacidade de resistência da vítima. Nesse diapasão, sustenta Fragoso (1987, p.23), que a violência empregada à coisa deve ir além dos efeitos psíquicos, atingindo a esfera física.

O tipo penal que prevê o delito de roubo busca proteger o patrimônio dos indivíduos, no entanto, também busca resguardar a integridade corporal ou a saúde, a liberdade individual, bem como a vida. Dispõe Bitencourt (2010, p.96): "são bens jurídicos protegidos pelo art. 157 e seus parágrafos, além do património (posse, propriedade e detenção), a liberdade individual (constrangimento ilegal), a integridade física (lesão corporal) e a vida das pessoas (morte, no latrocínio)". Portanto, pode ser denominado também de crime pluriofensivo ou complexo, em que são protegidos vários bens jurídicos.

O objeto material do crime de roubo é a coisa alheia móvel, também se referindo à pessoa que foi afetada pela ação do criminoso, devido a pluralidade ofensiva. Nesse sentido, preleciona Masson (2019, p.756): "o roubo é crime pluriofensivo: afronta dois bens jurídicos igualmente tutelados pela lei penal, que podem ser o patrimônio e a integridade física (se praticado com violência à pessoa), ou então o patrimônio e a liberdade individual (quando cometido mediante grave ameaça). Há uma junção de crimes contra o patrimônio (furto) e contra a pessoa (lesão corporal ou ameaça)".

Além disso, o crime tipificado no artigo 157 do CP (Código Penal) é classificado para muitos doutrinadores como um crime comum, ou seja, não se exige qualidade específica ao sujeito passivo ou ativo, podendo ser qualquer pessoa. Nesse sentido, determina Capez (2008, p. 429): "Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticá-lo, com exceção do possuidor ou proprietário do bem".

1.1.1 TENTATIVA E CONSUMAÇÃO

Considera-se consumado o crime de roubo, nos moldes do art. 14, inciso I, do Código Penal, assim que o objeto roubado sai do controle ou vigilância do dono, independentemente de o autor do crime ter se beneficiado do produto do roubo ou não. Corroborando com o citado, explica Junior Costa (1989, p.212): "reputa-se como consumado o crime quando o agente obtiver a posse pacífica do objeto, ainda que por pouco tempo, fora da esfera de disponibilidade do ofendido". Para Damásio de Jesus (2001, p.343) o roubo se consuma da mesma forma que o furto, quando o criminoso consegue subtrair o objeto da esfera privada da vítima, mesmo que não haja a posse tranquila do bem. Dispõe nesse sentido, o enunciado da Súmula 582 do STJ (BRASIL, 2016):

> Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

O momento consumativo do roubo se divide em teorias, nas quais se destacam contrectatio, amotio (apprehensio), ablatio e illatio. A teoria da "contrectatio" considera que o simples contato físico do agente com a coisa é suficiente para concluir o roubo. Em contrapartida, a "illatio" exige que o delito do roubo só se consuma

quando o agente obtiver posse tranquila e pacífica do objeto roubado. No entanto, atualmente, ambas as abordagens estão consideradas ultrapassadas. Quanto a "amotio" (apprehensio), o crime estaria consumado assim que a coisa fosse deslocada de sua posição originária, independentemente da posse mansa e pacífica do objeto roubado. Essa é a teoria adotada predominante na jurisprudência e na maioria das opiniões doutrinárias, quando o agente desloca e exerce controle de fato sobre o bem. Na "ablatio", somente haveria a consumação com o seu transporte para o local onde o criminoso inicialmente pretendia levar o bem subtraído, não sendo suficiente apenas a apreensão, quando além do deslocamento da coisa, há sua retirada da esfera de custódia do proprietário ou detentor. Nesse sentido, dispõe Jesus (2004, p. 345):

> O momento consumativo do furto traz algumas teorias. A primeira, denominada de contrectatio, dizia que o furto era realizado quando o sujeito colocava a mão no objeto material, ou seja, com o contato físico do sujeito com a coisa já caracterizava a consumação. A segunda teoria, amotio, ocorria a consumação com a deslocação da coisa. A terceira, teoria da ablatio, trazia dois requisitos para que houvesse a consumação do furto: apreensão e deslocamento do objeto material.

Por fim, no crime em questão, é admitido a ocorrência da tentativa, estabelecida no conforme art. 14, inciso II, do Código Penal, quando no início do cometimento do crime, o agente não consegue obter o resultado esperado, qual seja, a subtração do objeto, devido a fatores externos que independem da sua vontade.

1.1.2 FORMAS DO CRIME DE ROUBO: IMPRÓPRIO E PRÓPRIO

No que diz respeito ao roubo próprio, previsto no caput do art. 157 do Código Penal, o agente tem o dolo de subtrair o bem alheio, praticando, desde o início, atos violentos contra pessoa ou lhe ameaçando gravemente como meio para a prática da subtração. De acordo com Greco (2017, p. 824), no roubo próprio, o criminoso planeja desde o início cometer o roubo usando violência, enquanto no roubo impróprio, a intenção inicial do criminoso é realizar o roubo sem usar violência, mas essa situação pode mudar durante o crime por algum motivo.

Nesse sentido, a respeito das diferenças entre essas formas no crime de roubo, dispõe André Estefam (2010, p. 393): "a diferença está que, no roubo próprio, a violência ou a grave ameaça são meios para execução do que se subtrai, e no roubo impróprio estes meios são utilizados após a subtração, com o intuito de assegurar a posse do bem ou a impunidade do crime".

Quanto ao delito em questão denominado impróprio, expresso no artigo 157, §1º do Código Penal, é aquele em que a realização do núcleo do tipo penal do crime de roubo é praticado depois da subtração do bem, também chamado de furto frustrado ou mal executado. Dispõe nesse sentido, nas palavras de Fragoso (1988, p.349): "A tentativa de roubo impróprio é possível e se verifica sempre que o agente, tendo completado a subtração, é preso após tentar o emprego da violência ou da ameaça para assegurar a posse da coisa ou a impunidade". Ou seja, em primeiro lugar, o agente subtrai o bem sem violência, se assemelhando, inclusive, ao que ocorre no furto. No entanto, após a obtenção do bem pretendido, o agente emprega violência ou grave ameaça contra a vítima para assegurar a posse da res furtiva.

Haverá a consumação do roubo impróprio, nas palavras de Fragoso (1988, p.349) quando o criminoso usa violência ou ameaça grave contra alguém, nesse caso, se a tentativa de subtração falha e o criminoso recorre à violência ao fugir, isso resultará em dois crimes separados: uma tentativa de furto e o crime cometido contra a pessoa,

como lesões corporais ou homicídio. Para que um roubo impróprio ocorra, é necessário que a coisa já tenha sido roubada, ou seja, que o furto tenha sido concluído. Portanto, o instante consumativo do crime se dá quando a subtração ocorre e ao mesmo tempo em que o criminoso faz uma agressão ou uma ameaça grave. Se esses eventos ocorrem em momentos diferentes, haverá a ocorrência de concursos de crimes e não o roubo impróprio.

1.2 MAJORANTE DA ARMA DE FOGO NO ROUBO

As hipóteses de roubo majorado encontram-se elencadas nos incisos previstos no §2º e §2º-A do art. 157 do Código Penal. A majorante no crime de roubo, conforme entendimento de Capez (2019, p. 637), tem por finalidade combater e punir com maior rigor os roubos praticados com o emprego de artefatos que geram um risco em grande escala à sociedade. Nesse sentido, as majorantes são fatores que aumentam a gravidade do roubo e, portanto, o grau de reprovabilidade da ação criminosa, levando o infrator a se sujeitar a uma pena mais severa diante de tais circunstâncias.

O presente trabalho de conclusão de curso abordará apenas o inciso I do §2º-A do art. 157 do Código Penal (BRASIL, 1940) *in verbis*: "§ 2º-A; A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo. Nesse momento, o legislador optou por dar um tratamento mais gravoso aos indivíduos que cometam os crimes utilizando armas de fogo, tendo em vista, o aumento significativo de lesões graves ou morte, tornando o crime mais perigoso.

Por fim, insta salientar que o crime de roubo praticado com emprego da arma de fogo é hediondo, sendo, portanto, inafiançável e insusceptível de graça, indulto ou anistia, bem como o regime de cumprimento de pena torna-se diferenciado, neste caso, pouco importa se a arma é de uso permitido, restrito ou proibido, qualquer meio de roubo com esta majorante, será considerado hediondo. Tais

disposições foram advindas através do Pacote Anti Crime, Lei nº 13.964/2019, em vigor desde 23 de janeiro de 2020. Por crime hediondo, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio (2006, p. 28), dispõem que não se trata do ato repugnante, sádico ou cruel, devido à sua gravidade objetiva ou por seu modo de execução e finalidade do agente, mas sim aquele definido taxativamente pelo legislador.

1.2.1 DIFERENÇAS: ROUBO X LATROCÍNIO

O roubo e o latrocínio são crimes distintos, embora ambos tenham a mesma finalidade (subtração do bem) e estejam na mesma modalidade delituosa, o crime de latrocínio, disposto no art. 157, §3º, II do Código Penal, é uma forma qualificada do crime de roubo, estabelecendo uma pena mais rígida quando a violência aplicada resulta na morte do ofendido. Dessa forma, o objetivo maior é a conduta praticada pelo ofensor contra à vítima, nesse sentido, Cunha (2018, p. 311) estabelece que o crime de latrocínio somente será consumado com o evento morte, tornando-se o crime imperfeito em sua ausência.

A diferença principal que os envolvem é a forma de violência aplicada e a natureza dos atos cometidos. O crime de latrocínio é uma espécie de crime contra o patrimônio e como o dolo é a subtração de um objeto de outra pessoa e não a ocorrência morte do indivíduo, este crime não está no rol dos delitos contra a vida. Esse entendimento se amolda à compreensão da doutrina majoritária e nesse sentido, dispõe os doutrinadores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2016, p. 181):

> Nota-se que o crime de latrocínio (art. 157, § 3º, CP) não vem incluído como crime doloso contra a vida. A razão parece estar ligada ao sistema finalista da ação, dando-se primazia à finalidade dolosa dirigida diretamente contra a vida. No latrocínio, como se sabe, a conduta se dirigiria precipuamente ao patrimônio, surgindo o resultado morte como inconveniente de percurso.

Para Fernando Capez (2007, p.435) o latrocínio ocorre quando alguém usa violência física contra outra pessoa para roubar algo ou para garantir que o roubo seja bem-sucedido, e como resultado dessa violência, a vítima acaba morrendo, no entanto, a morte se dá pela necessidade de garantir a posse do bem ou pela forma de execução do crime. É como se fosse uma mistura de dois crimes: roubo (quando há subtração forçada) e homicídio (evento morte), mas o latrocínio é considerado um crime separado e mais grave, porque inclui ambos os atos em uma única ação criminosa.

Por fim, cabe mencionar que o latrocínio, é caracterizado como um crime preterdoloso, caracterizado quando estão presentes ambos os aspectos subjetivos: dolo na conduta antecedente e culpa na conduta consequente. A respeito disso, Cezar Bitencourt (2015. p.387), discorre que o crime cujo resultado vai além da intenção do agente, isto é, a ação voluntária inicia dolosamente e termina culposamente, porque, afinal, o crime preterdoloso ocorre quando alguém comete um crime e o resultado vai além da intenção do agente, isso ocorre quando a ação começa voluntariamente e termina de forma não intencional, ou seja, culposa, em resumo, o resultado efetivamente produzido não abrange o dolo inicial.

2 MAJORANTE DA ARMA DE BRINQUEDO À LUZ DA SÚMULA 174 DO STJ

Antes da legislação vigente, a arma de fogo de brinquedo, sendo àquela incapaz de ofender a integridade física dos indivíduos, era considerada uma majorante para o crime de roubo, incluindo a arma de fogo de brinquedo, dispondo o enunciado da súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, hoje já cancelada, que no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autorizava, à época da vigência desta súmula, como aumento da pena. Nas palavras de Ricardo Antônio Andreucci (2008, p. 226) a razão para aumentar a pena em casos em que a arma é usada no crime de roubo é porque a

vítima se sente mais ameaçada e intimidada quando confrontada com uma arma. Afirma que a maioria dos doutrinadores concordavam com o aumento da pena aplicado inclusive quando da utilização da arma de brinquedo, ou simulacro de arma. No entanto, após a revogação da Súmula 174 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que permitia esse aumento, as opiniões sobre o assunto ficaram divididas.

A majorante em tela justificava sua incidência pelo temor causado na vítima, tornando-a incapaz de resistir ao ato criminoso. O fundamento utilizado seria que a arma por si só tem o condão de assustar a vítima, fazendo se sentir ainda mais impotente, não importando se ele seria ou não eficiente no sentido da potencialidade ofensiva da arma, desprezando o fato dela ser de brinquedo, estar desmuniciada ou com defeito mecânico. Defensor da corrente subjetiva, Romeu de Almeida Salles Júnior (1995, p. 223) assevera:

> A figura delituosa do roubo, prevista no art. 157, caput, do Código Penal, é estruturada tendo em conta a violência física, moral ou resultante de qualquer meio empregado pelo agente. Qualquer meio, no tipo fundamental, é válido para a realização da ameaça constitutiva do roubo. Na forma qualificada, o legislador entendeu que a ameaça é exercida em circunstâncias especiais, isto é, com emprego de arma, resultando daí o entendimento de caráter subjetivo que reconhece a oportunidade para o aumento de pena mesmo quando essa ameaça não seja exercida com arma verdadeira.

Vigorava na jurisprudência pátria, a corrente subjetivista, uma vez que prevalecia no crime de roubo, uma importância maior ao estado psicológico da vítima, mesmo que não fosse possível a ofensa física à vítima pela utilização de uma arma de brinquedo. Estabelece Cláudio Marcus Acquaviva (2009, p. 146) que independente de ser um simulacro ou uma arma defeituosa, ambas são capazes de gerar uma grave ameaça que extrapola seus níveis e gera redução na capacidade

de defesa do ofendido. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, editou a referida súmula com o objetivo de punir alguém que cometesse o crime disposto no art. 157 do Código Penal, utilizando uma arma de fogo mesmo incapaz de efetuar disparos reais devido ao perigo envolvido suficiente para elevar a gravidade do roubo.

Em uma análise do caso, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria de votos, desprover o mérito para cancelar a Súmula nº 174. Conforme ementa que passa a seguir:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I, § 2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA Nº 174/STJ. CANCELAMENTO.
> O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do ne bis in idem, e da proporcionalidade da pena.
> Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.
> Cancelamento da Súmula 174-STJ.
> Recurso conhecido, mas desprovido. (REsp 213054/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24.10.2001, DJ 11.11.2001 p. 148).

No entanto, em 24 de outubro de 2001, essa súmula foi cancelada devido às críticas da corrente objetiva, que argumentaram ser um erro ao considerar a causa de aumento de pena quando alguém faz uso de uma arma de brinquedo no delito do roubo, pois afirmavam que essa majorante se baseava na maior probabilidade de causar danos que a

arma representa, colocando em risco a integridade física da vítima, provocando riscos reais, o que não ocorre na arma de brinquedo, quebrada ou desmuniciada. As fundamentações constantes nessa corrente para afastar esse entendimento sumular também utilizou a tese de eventual ofensa ao princípio da legalidade, constante no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que determina não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Damásio de Jesus (2004, p. 346), defende o cancelamento porque a arma de brinquedo não agrava o crime de roubo, gerando responsabilidade penal ao sujeito apenas no tocante à imputação criminosa existente no crime de roubo simples, levando em consideração que a imitação de arma não é arma que se enquadre em figura típica especial, além disso, o meio de execução pelo emprego de arma de brinquedo, integra a grave ameaça, ficando por esta absorvido.

Além disso, no Direito Penal não se admite interpretação *in malam partem*, referindo-se a uma interpretação analógica da norma penal que prejudica a parte envolvida, com uma ampliação desfavorável em uma situação legal, o que pode resultar em violações dos direitos individuais e garantias fundamentais. Diante do exposto, a doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p. 1387) estabelece um entendimento jurisprudencial a respeito da analogia no crime de roubo praticado com o uso de simulacro de arma de fogo, nesse sentido, ressalta:

> No roubo, é impossível o reconhecimento da qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP, quando a grave ameaça é exercida com emprego do instrumento de brinquedo, pois a arma, no rigor da lei, tem sentido técnico que não pode ser ampliado para abranger brinquedos que a imitem, fazendo-se, assim, autêntica interpretação analógica in malam partem da norma penal, violadora do princípio constitucional da legalidade (RJTACRIM 66/138).

Portanto, a analogia *in malam partem* a respeito da majorante no crime de roubo com uso de arma de fogo de brinquedo, conforme citado, não pode dar entendimento mais abrangente ao que o legislador quis determinar, não se admitindo para caracterizar esta majorante, o uso de simulacros ou outros objetos semelhantes.

2.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Mesmo com o cancelamento da súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, é possível verificar a grande discussão doutrinária a respeito desse entendimento da incidência ou não da causa de aumento de pena no crime de roubo, quando da utilização do simulacro de arma de fogo (arma de brinquedo, desmuniciada ou quebrada). No contexto atual, prospera a compreensão de que tal objeto sem potencial lesivo de produzir dano, não exaspera a pena do roubo, devendo ser imputado ao agente, a conduta do roubo simples. Nesse sentido, sustenta Bitencourt (2009, p. 81):

> A idoneidade lesiva da arma (de brinquedo, descarregada ou simplesmente à mostra), que não pode ser suficiente para caracterizar a ameaça tipificadora do roubo (caput), não têm o mesmo efeito para qualificá-lo, a despeito do que pretendia a equivocada súmula 174 do STJ, em boa hora revogada, atendendo à súplica unânime da doutrina nacional. O fundamento dessa majorante reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego da arma (revólver, faca, punhal etc.) representa e não no temor maior sentido pela vítima.

Já o doutrinador Fernando Capez (2012, p.471), aduz que o grau de potencialidade lesiva, ou poder vulnerante da arma, já é meio relevante para gerar um medo significativo na vítima, e assim, reduzir sua capacidade de reação. Para o autor, trata-se de "circunstância

subjetiva e uma arma de fogo descarregada, defeituosa ou um simulacro de arma podem configurar a agravante em questão, uma vez que seu uso, mesmo sem capacidade real de causar danos, é capaz de aterrorizar a vítima".

Sustenta Heleno Cláudio Fragoso (1981, p. 303-304) que a base para a aplicação da agravante está no grau de periculosidade elevado que o uso de uma arma representa, sendo fundamental que o objeto utilizado pelo agente, tenha a capacidade de representar um risco real para a incolumidade física.

Também é pauta de discussão o fato de a utilização do simulacro da arma de fogo ser tida como elementar do tipo penal no crime de roubo. A utilização da arma de brinquedo, desmuniciada ou quebrada, mesmo não havendo potencial lesivo para ofender a incolumidade física de outrem, é apta a configurar a intimidação da vítima. Neste ponto, a doutrina majoritária, rebate a ideia da grave ameaça sofrida pela vítima, já integrar a definição básica da referida infração penal. Sustentam a ideia de que a grave ameaça exercida por meio do da simulação de arma de fogo já é um meio contemplado pela elementar do tipo penal e não aumenta a gravidade do crime já ínsito ao delito desta natureza. Nesses termos, defende Mirabete (2009, p.205):

> Realmente, embora o instrumento utilizado, simulacro de arma, seja idôneo para intimidar, quando a vítima se julga diante de arma verdadeira, não é apto para causar risco à vida ou danos à integridade física da vítima, razão da existência da qualificadora. Arma fictícia, se é meio idôneo para a prática de ameaça, o que é elemento do crime de roubo, não é bastante para qualificar o delito.

Concordando com o mencionado, Rogério Greco (2012, p. 458), afirma que não é justificável aplicar um aumento na pena quando a arma usada pelo autor não tinha a capacidade de causar danos no momento da ação devido à falta de munição ou a um defeito mecânico

que a impediu de disparar. Embora possa ter sido usada para amedrontar a vítima e facilitar o roubo, não deve ser considerada para agravar a pena, uma vez que não tinha a capacidade real de causar danos adicionais em relação ao que o agente normalmente causaria sem o uso da arma.

2.1.1 DO CRIME IMPOSSÍVEL E O PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM

No contexto atual, é possível a caracterização da majorante tipificada no art. 157, §2º, inciso I, do Código Penal, apenas quando a arma efetivamente ofende à incolumidade física da vítima, portanto, capaz de efetuar disparos reais. Quando da utilização de arma de fogo defeituosa ou quebrada, para alguns doutrinadores, é possível a caracterização do crime impossível. Dispõe Fernando Capez (2011, p. 280), que esta denominação, também chamada de tentativa inidônea, tentativa inadequada ou quase crime, não isenta de pena quem o pratica, como sugere a redação do artigo 17 do Código Penal, mas, sim, atipicidade jurídica, pois não se admite criminalizar uma ação impossível de se realizar.

Portanto, a caracterização de um crime impossível pode ser aplicada se o meio empregado for considerado tão ineficaz que a ação não poderia resultar em um roubo bem-sucedido.

Ademais, apesar das opiniões divergentes, é evidente que a corrente objetiva no Direito Penal moderno está começando a se destacar. Isso ocorre porque a inclusão de armas de brinquedo como um fator de agravamento da pena no crime em questão vai contra vários princípios legais, como a afronta aos princípios do ne bis idem, uma vez que a intimidação da vítima causada pelo uso de uma arma de brinquedo já é considerada uma "grave ameaça", o que torna a inclusão desse elemento desnecessária. Em outras palavras, de acordo com o Direito contemporâneo, não é permitido usar a mesma razão, como

no caso da intimidação da vítima, mais de uma vez para aumentar a pena do acusado. Preleciona Rogério Greco (2006, p.82):

> Não se pode permitir o aumento de pena quando a arma utilizada pelo agente não tinha, no momento de sua ação, qualquer potencialidade ofensiva por estar sem munição ou mesmo com um defeito mecânico que impossibilitava o disparo. Embora tivesse a possibilidade de amedrontar a vítima, facilitando a subtração, não poderá ser considerada para efeitos de aumento de pena, tendo em vista a completa impossibilidade de potencialidade lesiva, ou seja, a de produzir dano superior ao que normalmente praticaria sem o seu uso.

Portanto o princípio do Non Bis In Idem é infringido porque, ao aplicar os ensinamentos da Súmula 174 do STJ, esta regra estaria punindo o agente mais de uma vez pelo mesmo comportamento. Por conseguinte, como transcrito acima, o doutrinador Rogério Grego (2006, p. 82), afirma que a arma de brinquedo, sem munição ou que apresente defeitos capazes de impedir o disparo real, não tem a eficácia de produzir dano superior ao que normalmente praticaria na sua ausência, dessa forma, não deve ser usado novamente no artigo 157, §2º, I do Código Penal. Afirma que no caso, o uso de uma arma de brinquedo não tem qualquer potencialidade ofensiva, constituindo apenas uma ameaça real e suficiente, que já integra o elemento típico do crime de roubo simples, se caso admitido, ofenderia o princípio em questão (Non Bis In Idem).

2.2 JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA NO STJ

Atualmente as jurisprudências dos Tribunais Superiores adotam a teoria objetiva como a principal base de fundamentação em se tratando do afastamento da causa de aumento de pena prevista no

art. 157, §2º, I, do CP, quando da utilização de arma de brinquedo ou simulacro. Desse modo, frisa destacar a importância do contexto histórico relativo à incidência da arma de brinquedo com o atual cenário após o cancelamento do entendimento sumular do STJ demonstrado neste Trabalho de Conclusão de Curso.

Nos moldes do julgamento no Habeas Corpus nº 228.827 - SP, sob relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, decidiu conforme ementa a seguir colacionada:

> PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, DO CP. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARMA DE BRINQUEDO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. **A Terceira Seção desta Corte firmou entendimento de que o uso de arma de brinquedo na prática do delito de roubo não acarreta a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, cancelando, assim, o enunciado n.º 174 da Súmula do STJ. 2.** Ordem concedida para decotar a causa de aumento pelo emprego de arma.

Depreende-se do julgado citado, que incidir a majorante do uso de arma de brinquedo no contexto do crime previsto no art. 157 do CP, não condiz com a atual corrente jurisprudencial e doutrinária, justificando a referida decisão de decote da causa de aumento de pena, no cancelamento da Súmula 174 do STJ. Não diferentemente foi o entendimento firmado no julgamento do HC 270092/SP sob relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz da 6ª Turma Recursal do STJ, assim ementado:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO.

> MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. DESNECESSIDADE. CAUSA DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA. ARTEFATO DE BRINQUEDO. ILEGALIDADE. REGIME E DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 269 DO STJ. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> 1. Ainda que ocorra a perseguição imediata do agente e se recupere a res, tem-se como consumado o delito de roubo com a anterior retirada da posse ou da propriedade do bem à vítima.
> 2. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é de que o crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.
> **3. Desde o cancelamento da Súmula n. 174 deste Superior Tribunal, consolidou-se o entendimento de que o emprego de simulacro de arma de fogo não constitui motivo apto para a configuração da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, por ausência de maior risco para a integridade física da vítima, prestando-se, tão somente, para caracterizar a elementar "grave ameaça" do delito de roubo.**
> (...)
> 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para excluir a incidência da majorante do emprego de arma e reduzir a pena para 4 anos de reclusão mais 10 dias-multa, além de fixar o regime semiaberto.

Nesse ínterim, o julgado citado, ao excluir a incidência da majorante do emprego de arma, demonstrou aspectos da corrente objetiva em sua fundamentação, discorrendo acerca da configuração

da grave ameaça estar inclusa na elementar do crime de roubo. De maneira semelhante, verifica-se o que foi o decidido pela 5ª Turma do STJ, no julgamento do HC 320340/SP, conforme ementa extraída:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A UTILIZAÇÃO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO PARA EXASPERAR A PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NESTA CORTE. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO N. 174 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
>
> **2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o uso de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo para exasperar ou majorar a pena no crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito, razão pela qual a Súmula 174/STJ foi cancelada.**
>
> 3. No caso, as penas aplicadas ao réu foram majoradas, na terceira fase da dosimetria, em 2/5, em razão da incidência de duas majorantes: uso de arma e concurso de agentes. Assim, afastada a majorante de uso de arma, deve incidir a fração mínima de 1/3.
>
> 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas aplicadas ao paciente.

Como disposto na ementa da jurisprudência colacionada, às decisões que abarcam essa temática se voltam para a conclusão da revogada Súmula 174 do STJ, levando em consideração que o uso de simulacro no crime de roubo configura a elementar do crime, qual seja, a grave ameaça, sendo considerada apenas para caracterizar o crime de roubo, mas não majorá-lo. Ainda, de modo a alcançar outras discussões, demonstra-se vultoso considerar o julgamento do HC 294970 / SP, decidido pela 5ª Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Newton Trisotto, decidiu nos termos da ementa a seguir exposta:

> CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. MAJORANTE DESCARACTERIZADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.
> 01. Prescreve a Constituição da República que "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art.
> 654, § 2º). Desses preceptivos se infere que, no habeas corpus, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, impõe-se que ele seja processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma;

> STJ, HC 227.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).
> **02. O emprego de arma de fogo, ainda que comprovadamente desmuniciada, tipifica o crime de roubo, pois, por si só, tem o condão de infligir à vítima "grave ameaça". Todavia, porque ausente a potencialidade lesiva, não há como reconhecer a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal** (STJ, HC 169.083/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2011; HC 161.326/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/09/2010).
> 03. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao paciente.

Com base nesse julgado, de modo a admitir situações extensivas, a arma desmuniciada também se encontra em divergência com a caracterização da majorante citada, uma vez que tem o condão apenas de incidir uma grave ameaça à vítima, não estando presente qualquer potencial lesivo. Do mesmo modo, no julgamento do habeas corpus 445043/SC, pela 5ª Turma do STJ, sob a lavra do Ministro Relator Joel Ilan Paciornik, o entendimento foi por não reconhecer a majorante da arma de fogo quando da utilização de arma desmuniciada, conforme ementa extraída:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.
> ROUBO CIRCUNSTANCIADO. IMPRESTABILIDADE DA ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO DO AUMENTO DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. WRIT NÃO CONHECIDO E, NO MAIS, ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS EM PARTE.
> 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida,

> segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
> 2. "Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que 'De acordo com a Súmula n. 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante, no caso, a menoridade relativa' (HC n. 404.340/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje de 20/3/2018, grifei). Precedentes (AgRg no AREsp 1.261.222/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 4/6/2018).
> **3. A jurisprudência desta Corte Superior está sedimentada no sentido de que a utilização de arma desmuniciada ou sem potencialidade para realização de disparo, utilizada como meio de intimidação, serve unicamente à caracterização da elementar grave ameaça, não se admitindo o seu reconhecimento como a causa de aumento de pena em questão.**
> 4. Writ não conhecido e, no mais, ordem concedida, de ofício, em parte, apenas para reduzir a pena para 5 anos e 4 meses de reclusão.

Nesta senda, cumpre destacar, que a justificativa que embasou a referida decisão foi no sentido de ser punível apenas a intimidação realizada, caracterizando unicamente o crime de roubo em sua modalidade simples. Destes entendimentos jurisprudenciais, abstrai-se a ideia de que as decisões do Superior Tribunal de Justiça estão em consonância com o cancelamento da Súmula 174 criada pelo mesmo órgão. Portanto, as justificativas que fundamentam o afastamento da majorante no crime de roubo são formuladas observando a elementar

da grave ameaça já constante no delito em tela, estendendo-se o entendimento também as armas desmuniciadas e quebradas.

2.3 BREVE ANÁLISE DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO COM A REVOGADA LEI 9.737 DE 1997 - SINARM

Inicialmente, a referida lei que criou o Sistema Nacional de Armas - SINARM, contemplava a conduta ilícita de utilizar a arma de brinquedo no crime de roubo e suas implicações no ordenamento jurídico, conforme art. 10º, §1º, inciso II, da Lei 9.737/97 (BRASIL, 1997), in verbis:

> Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
> Pena - detenção de um a dois anos e multa.
> **§ 1° Nas mesmas penas incorre quem:**
> **II - Utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes.**

Dessa forma, havia uma preocupação significativa do legislador em criminalizar com maior rigor quem utilizava este objeto para o fim de cometer crimes, o objetivo principal era promover o combate ao armamento. Com o advento do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826 de 2003), especificamente no que diz respeito às armas de fogo, a Lei que instituiu o SINARM foi revogada. Nas palavras de Capez (2011, p. 375): "O novo Estatuto do Desarmamento refere-se a diversos objetos materiais: armas de fogo, acessórios ou munições de uso permitido ou restrito, bem como artefatos explosivos e incendiários".

Analisando essa lei, o único aspecto legal relacionado a simulacros é abordado no artigo 26, caput, do Estatuto do Desarmamento (BRASIL, 2003), que proíbe a produção e venda desses objetos, nesses termos:

> Art. 26. São vedadas a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir.
> Parágrafo único. Excetuam-se da proibição as réplicas e os simulacros destinados à instrução, ao adestramento, ou à coleção de usuário autorizado, nas condições fixadas pelo Comando do Exército.

Logo, ao abarcar essa nova denominação criminosa, pela completa abrangência do tratado pela antiga lei, a referida novidade legislativa, revogou o crime especificado no artigo 10, parágrafo 1º, inciso II, da Lei nº 9.437/97, pois deixou de incluir uma conduta semelhante, não abordando explicitamente o porte, uso, guarda ou emprego de armas de brinquedo para a prática de crimes e não tratando dessa questão. Posto isso, é possível analisar que não existe uma regra específica que puna ou aumente a pena de alguém que usa um simulacro de arma de fogo para cometer crimes, tornando mais dificultoso o processo de criminalização da conduta descrita, justamente pelos acontecimentos oriundos do cancelamento da súmula 174 do STJ, em especial, pela revogação total da Lei das Armas de Fogo (Lei 9.737/97), pela edição do Estatuto do Desarmamento modificando os dispositivos mencionados. Portanto, essa questão depende inteiramente das circunstâncias do caso e da decisão justificada do juiz.

3 ATUAIS REFLEXOS DA GRAVE AMEAÇA PELA SIMULAÇÃO DA ARMA DE FOGO

Toda a discussão envolvendo a incidência ou não da causa de aumento no crime de roubo pelo uso da arma de fogo, está

intrinsecamente relacionada à caracterização da ameaça como uma elementar do tipo penal, vez que o art. 157, caput, do CP, dispõe a conduta ilícita de praticar a subtração de um bem, utilizando a grave ameaça ou violência à pessoa como meio de garantir a sua empreitada criminosa. Nesse sentido, a arma de brinquedo ou àquela incapaz de disparar projéteis de arma de fogo, não majoram o crime de roubo pela incidência da elementar do tipo penal, qual seja, a ameaça. Com base nisso, defende Nucci (2003, p. 536): "É indiscutível que a arma de brinquedo pode gerar grave ameaça e, justamente por isso, ela serve para configurar o tipo penal do roubo na figura simples (jamais a causa de aumento)".

Conforme a teoria objetiva, a intimidação realizada por meio de arma de brinquedo não autoriza o reconhecimento da majorante, não obstante possa constituir uma grave ameaça, não gera ofensa à integridade física da vítima, portanto, não tem o condão de majorar o crime em comento, o que torna a inclusão do elemento da grave ameaça desnecessária. Pelo exposto, determina Victor Eduardo Rios Gonçalves (2005, p. 34):

> A simulação da arma já funcionou como elemento caracterizador da grave ameaça, posto que apta a gerar temor no espírito da vítima, não podendo, no mesmo contexto fático, implicar aumento de pena, sem que tenha havido uma especial potencialidade vulnerante na conduta, já que, por não estar efetivamente armada, a integridade da vítima não correu um risco maior de ser atingida pelo autor do crime.

Em outras palavras, isso significa que a doutrina e a jurisprudência, reconhecem que usar um simulacro de arma de fogo, seja ela arma de brinquedo, desmuniciada ou quebrada, pode ser considerado como uma ameaça já constituída pelo legislador no crime de roubo. Nesse sentido, dispõe Paulo José da Costa Júnior (2000, p.

478) a posse de uma arma fictícia, como um revólver de brinquedo, que poderia ser confundida com uma arma real, não é suficiente para caracterizar um roubo. No entanto, de maneira discordante da teoria objetiva, Júnior (2000, p. 478) dispõe que o mesmo entendimento não se aplica a uma arma que esteja temporariamente com defeito ou descarregada, pois nesse caso, a falta de eficácia é apenas acidental e não impede a qualificação do roubo.

Portanto, os atuais reflexos da grave ameaça neste contexto, buscam correlacionar o medo imposto à vítima que não tem conhecimento do potencial lesivo daquela arma, com o próprio tipo penal da conduta criminosa do roubo em sua modalidade simples, desconsiderando a majorante antes imposta.

3.1 CRÍTICAS À LUZ DA LEGISLAÇÃO VIGENTE LEI Nº 13.654/2018

Anteriormente, a majorante tipificada no crime de roubo fundamentava-se na violência ou ameaça exercida com emprego de arma, estendendo o conceito e possibilitando o alcance das armas impróprias e até mesmo de brinquedo, como tratados anteriormente pela Lei 9.737 de 1997 e pela Súmula 174 do STJ. Com a vigência da Lei 13.654/2018, houve a revogação do §2º, inciso I, do art. 157 do CP, considerando apenas a majorante da arma de fogo. Para Cunha (2020), essa nova regra trouxe um benefício ao remover a punição mais rigorosa que anteriormente se aplicava, ou seja, ela retroagiu para eliminar a condição agravante em todos os roubos que envolviam objetos que não fossem armas de fogo.

Ocorre que com essa nova determinação, o indivíduo que comete o crime de roubo com a utilização da arma de brinquedo, quebrada ou desmuniciada, responderá apenas por roubo simples considerando a ausência de potencialidade lesiva da arma, no entanto, deixa de considerar a mínima resistência da vítima, as consequências maléficas para sua vida após o ocorrido e o dolo do agente. Nesse sentido, Talon

(2018) dispõe que empregar uma arma de fogo durante um roubo não se limita apenas a disparar o projétil. Envolve também o uso da arma para amedrontar a vítima, intimidá-la, com o objetivo de tomar algo que ela possui e consumar o ato criminoso.

Na compreensão de Cabette (2018), seria mais apropriado alterar a regulamentação para incluir a arma de brinquedo como um fator que aumenta a pena, devido ao fato de ela enganar a vítima, causar o mesmo tipo de medo e ser potencialmente ameaçadora. Entretanto, com a introdução da nova Lei nº 13.654/2018, tornou-se ainda mais desafiador incluir a arma de brinquedo como um agravante, uma vez que o legislador restringiu a definição para "arma de fogo". Com isso, se antes o termo "arma" não abrangia armas de brinquedo como causa de aumento da pena, agora, com a especificação de "arma de fogo", isso se torna ainda mais difícil.

Portanto, com o advento desta lei, houve uma maior dificuldade em punir os delitos cometidos mediante emprego de arma de fogo de brinquedo, dessa forma, tais circunstâncias geram a discussão presente, de que a arma utilizada não tem potencial lesivo e a grave ameaça instituída, caracteriza a própria elementar do tipo penal do crime de roubo. No entanto, a intenção do agente extrapola o roubo simples, de modo que a utilização do simulacro da arma de fogo se dá para uma maior efetividade na conclusão do intento criminoso, ademais, a grave ameaça no crime de roubo em sua modalidade simples já é comumente visível, no entanto, é evidentemente maior quando utilizado o emprego de arma, pois a vítima desconhece a veracidade do caráter lesivo da arma e isso a torna mais vulnerável psicologicamente. Nesse sentido, manifesta Capez (2007, p. 426):

> O fundamento dessa causa de aumento é o poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando-lhe a sua capacidade de resistência. Por essa razão, não importa o poder vulnerante da arma, ou seja, a sua potencialidade lesiva, bastando que ela seja idônea a infundir maior temor na vítima e

> assim diminuir a sua possibilidade de reação. Trata-se, portanto, de circunstância subjetiva. Assim, a arma de fogo descarregada ou defeituosa ou o simulacro de arma configuram a majorante em tela, pois o seu manejamento, não obstante a ausência de potencialidade ofensiva é capaz de aterrorizar a vítima.

Nesse sentido, dispõe Romeu Salles Júnior (1995, p.223) que o crime de roubo, de acordo com o art. 157 do CP, envolve a utilização de violência física, psicológica ou qualquer outro meio pelo criminoso. No caso do roubo simples, qualquer método é considerado válido para a realização da ameaça que caracteriza o crime. Já na forma qualificada, o legislador determina que a ameaça seja realizada em circunstâncias especiais, a exemplo disso, seria a utilização de uma arma, mesmo que a arma não seja real. Ademais, sustenta Vicente Sabino Júnior (1967, p.739), que o uso da arma de brinquedo pode enquadrar a causa de aumento se a vítima desconhece a veracidade da arma empregada.

Portanto, conforme todo o exposto, é necessário que haja uma maior punição para os crimes cometidos com o uso desses instrumentos pela circunstância especial que ele gera no contexto criminoso especialmente para a vítima.

CONCLUSÃO

A presente artigo foi inicialmente proposta para pesquisar a problemática dos reflexos da não incidência do uso de simulacro de arma de fogo no crime de roubo, tendo em vista os princípios violados e o crime impossível para alguns doutrinadores, conforme abordado na presente artigo. Nesse diapasão com a problemática demonstrada, o presente Trabalho de Conclusão de Curso não se limitou apenas a apresentar os problemas advindos por meio dessa injusta caracterização, mas também buscou estimular o leitor a pensar sobre as mazelas de considerar um roubo praticado com um instrumento

capaz de intimidar em grande escala o ofendido, superando um simples roubo, como um objeto de brinquedo, fantasiando o sofrimento da vítima e rebaixando a conduta criminosa.

Os temas levantados neste artigo e a grande discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da arma de brinquedo, abrangendo também as armas desmuniciadas ou quebradas, iniciou a procura pelas respostas da hipótese de pesquisa inicialmente abordada onde problematizou os limites de um roubo simples praticado mediante o uso desses instrumentos citados e a análise crítica do desconhecimento da veracidade do efeito lesivo da arma utilizada para a vítima em relação ao autor do delito.

Nesse sentido, como desenvolvido no presente artigo, a problemática abordada foi confirmada tendo em vista a análise realizada a respeito do simulacro que extrapola os limites de um roubo simples e com o desconhecimento pela vítima sobre a arma de brinquedo, isso torna o crime facilitado, sendo certo que a resistência da vítima será minimizada em razão da ordem do autor do delito.

Além disso, o objetivo geral do presente artigo se concretizou com a necessidade de conceituar, demonstrar as características, diferenciar de outros crimes semelhantes e suas particularidades bem como analisar de maneira jurisprudencial e doutrinária a arma de fogo no contexto do delito previsto no art. 157 do CP, quando sua utilização se dá por meio de um simulacro de arma de fogo e as reflexões sobre o atual entendimento de considerar essa grande problemática como um roubo simples.

O primeiro objetivo específico foi materializado no tópico 1 que revelou as particularidades do crime de roubo com relação a majorante pelo emprego da arma de fogo. O segundo objetivo específico foi demonstrado no tópico 2 a partir de uma análise mais aprofundada da corrente subjetiva em detrimento da teoria majoritária atual e o cancelamento da súmula 174 do STJ, além disso, determinou as nuances de um crime impossível e do princípio do Non Bis In Idem. Ademais, no tópico 3 foi respondido o último objetivo específico, explicitando os contemporâneos reflexos da grave ameaça no contexto do roubo pelo

uso de simulacro e por fim, toda a crítica que pode ser feita ao atual modelo. Portanto, os objetivos gerais e específicos foram alcançados conforme demonstrado à luz dos capítulos desenvolvidos.

Isso posto, a pesquisa desenvolvida neste artigo confirmou que a lei estabelece um tratamento menos gravoso àqueles indivíduos que portam simulacro de arma de fogo, ou no contexto geral, não são capazes de efetuar disparos reais. Contudo, ao fazer isso, deixa de analisar o contexto amplo do crime em comento, descaracterizando o aspecto preocupante dessa ação para a vítima, uma vez que sua resistência em relação ao seu patrimônio é esvaecida, uma vez que, acreditando ser uma arma real, acata a ordem recebida em razão do medo de pôr em risco o bem jurídico primordial para o ordenamento jurídico, que nada mais é do que a vida humana em função do meio empregado pelo ofensor.

Além disso, este trabalho buscou demonstrar ao leitor a compreensão de que o reconhecimento da majorante no caso de utilizar uma arma de fogo de brinquedo pode ocorrer devido ao potencial aumento de perigo e ameaça que essa combinação representa como os danos psicológicos advindas desta situação. Nos casos em que o crime de roubo se dá com a utilização de uma arma de fogo de brinquedo pode induzir a vítima a subestimar a gravidade da situação, enquanto o criminoso mantém o poder de um armamento real. Nesse sentido, ao utilizar um simulacro de arma, o infrator tenta buscar vantagens da situação, como desarmar a vítima ou intimidá-la em conjunto com a grave ameaça ao proferir palavras que geram por si só bastante amedrontamento à vítima, aproveitando-se da confusão entre uma arma real e uma falsa, com o fim de garantir a realização da conduta criminosa sem uma capacidade de reação de defesa por parte da vítima. Essa circunstância de engano pode resultar em aumento de risco de danos físicos ou psicológicos.

Assim, o reconhecimento de uma majorante em crimes em sentido amplo, visa a levar em consideração não apenas a ação criminosa em si, mas também o uso de meios que a tornam mais perigosa e passível de causar consequências mais graves. Portanto,

enquanto não houver punição mais severa a respeito desse meio empregado, assim como durante toda a história humana, o roubo continuará sendo o crime mais cometido dentre os demais.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Cláudio Marcus. Código Penal e Código de Processo Penal Anotado. 2. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Rideel, 2009.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de Direito Penal. Ed. Saraiva; São Paulo. 4ª Edição. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, v.1: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Especial (Vol. III). São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 228827-SP. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 15 dez. 2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1148943&num_registro=201103058991&data=20120618&formato=PDF>. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 270092/SP. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 23 fev. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101771272&dt_publicacao=02/03/2016>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 294970/SP Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Newton Trisotto. Brasília, 24 mar. 2015. Disponível

em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45680748&num_registro=201401179601&data=20150331&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 320340/SP. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Brasília, 15 fev. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500763827&dt_publicacao=15/02/2016>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Lei nº 10.826, 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940 (Código Penal).

BRASIL. Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Institui o Sistema Nacional de Armas - SINARM.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 582. Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2016]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_582_2016_Terceira_Secao.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Alterações nos Crimes de Furto e Roubo pela Lei 13.654/18: mais uma implosão do Direito Penal pátrio. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/alteracoes-nos-crimes-de-furto-e-roubo-pela-lei-13654-18-mais-uma-implosao-do-direito-penal-patrio/577036282>. Acesso em: 31 out. 2023.

CAPEZ, Fernando, Curso de direito penal, volume 2: parte especial, 7ª. ed. rev., atual - São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). V. 2. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Ed. Saraiva. 15ª Edição, 2011.

CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito Geral e do Brasil. 10ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013.

COSTA JR., Paulo José da. Comentários ao Código Penal, Parte Especial, v.2. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao código penal. 6ª ed.São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 a 361). 10ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches: Roubos cometidos com emprego de arma branca antes da Lei 13.964/19 podem sofrer aumento da pena-base. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/30/668-roubos-cometidos-com-emprego-de-arma-branca-antes-da-lei-13-96419-podem-sofrer-aumento-da-pena-base/>. Acesso em: 31 out. 2023.

ESTEFAM, André. Direito Penal. Parte Especial. São Paulo. Ed. Saraiva, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, arts. 121 a 160 do CP.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Especial. 10. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1988.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. vol. I. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Sinopses jurídicas: dos crimes contra o patrimônio. 8ª ed.São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. Código penal comentado. 4ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 6ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

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

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Especial - 2ª ed. Niterói: Impetus, 2006.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Volume I. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HIGA, Carlos César. Código de Hamurabi. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/historiag/codigohamurabi.htm?fbclid=q6G_rFnjdUy0RvfNKsEFvAnPOlTpLJCjjc1A2-Yu1FZRSk>. Acesso em: 26 out. 2023.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal – Parte Especial, v.2. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Especial. São Paulo. Saraiva: 2004.

MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal Parte Especial. Volume 2. 26ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Volume II. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, A. Legislação Penal Especial/ Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 4ª ed.;São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SABINO JÚNIOR, Vicente. Direito penal. São Paulo: Sugestões Literárias. 4 v. 1967.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. Furto, roubo e receptação: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. São Paulo: Saraiva, 1995

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. Furto, roubo e receptação: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. São Paulo: Saraiva, 1995.

TALON, Evinis. A lei 13.654/18 e as novidades nos crimes de furto e roubo: como fica o roubo majorado pelo emprego de arma? Disponível em: <http://evinistalon.com/lei-13-65418-novidades-nos-crimes-de-furto-e-roubo-majorado-emprego-de-arma/>. Acesso em: 31 out. 2023.

DESAFIOS SOCIAIS E JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Jimmy Medeiros[133]

Kênia Carina Jorge Sobrinho Arruda Nogueira[134]

RESUMO: O presente texto tem como objetivo a análise dos direitos dos animais no Brasil e a ausência do estado no controle de natalidade de cães e gatos em situação de rua a fim de contribuir com o controle de natalidade de cães e gatos. O estudo se justifica em virtude do alto número de cães e gatos abandonados e o aumento desordenado nas populações desses animais nas cidades brasileiras. O problema central da pesquisa é O direito dos animais, sua proteção e a falta do controle de natalidade de cães e gatos em situação de rua. Nesse sentido, serão analisados a proteção dos animais sob a égide do direito brasileiro, a senciência animal e os principiais aspectos dos crimes de maus-tratos e abandono dos animais que, consequentemente, contribuem para o aumento expoente do número de cães e gatos em situação de rua. Além disso, será abordado a esterilização de animais domésticos como meio de redução da população dos animais de rua, bem como a ausência de políticas públicas voltadas para a saúde e controle de natalidade de cães e gatos que vivem em situação de rua, em colônias e errantes. A metodologia utilizada para o estudo foi a teórica e dedutiva.

Palavras chave: Senciência. Animais. Castração. Esterilização. Direito Animal.

133 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Euro-Americano - UNIEURO

134 Advogada, mestre em Direitos Humanos, professora universitário do curso de direito, coordenadora do núcleo de Direitos Humanos e Relações étnico-raciais do Unieuro.

INTRODUÇÃO

O direito dos animais, sua proteção e a falta de controle de natalidade de cães e gatos em situação de rua no Brasil é o tema desta monografia, baseado na motivação de que existem milhões de animais domésticos vivendo em colônias sem que haja um controle de natalidade efetivo a fim de evitar o aumento expoente desses animais. A esterilização de cães egatos, domésticos e em situação de rua é uma alternativa à situação que se evidencia em todosos estados brasileiros no que concerne ao aumento expressivo da quantidade de animais errantese em colônias que transitam pelas cidades.

Cães e gatos não chegaram as ruas ou se tornaram errantes sozinhos. O processo de domesticação trouxe esses animais para o convívio dos homens. Cães, como uma espécie de protetores e gatos como um animal mais amoroso. No entanto, ao trazer esses animais para conviver com o homem, trouxe, além de outros problemas, o aumento populacional desses animais e, sem controle efetivo, o aumento no número de cães e gatos errantes e vivendo nas ruas, é um reflexo do abandono e dos maus-tratos a que muitos desses animais são expostos e/ou submetidos. Animais errantes e em situação de rua, nasceram – na grande maioria dos casos – em lares com famílias que os acolheram, no entanto, e por falta de um controle de natalidade efetivo, esses animais que possuam lares e guardiões se reproduziram, mas seus larese guardiões não estavam preparados para acolher esses novos animais.

Nesse sentido, há a necessidade de, em primeiro, estabelecer normas, diretrizes e leis que estabeleçam direitos e garantias aos animais não-humanos, a fim de trazer a eles proteção e dignidade. Animais são seres sencientes, ou seja, são capazes de reconhecer o meioem que coabitam e de sentir sensações e emoções que permeiam a sua convivência com o homem como alegria, tristeza, dor, fome, sede, estresse e outros. Se resta comprovado que os animais são passíveis de sofrimento, eles também têm o direito de não sofrer.

Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro tenha avançado no tema de proteção aos direitos dos animais, muito há a ser feito. Entretanto, ainda que existam normas estabelecendo essa proteção, faltam normas e políticas públicas que sejam capazes de alcançar animais que vivem em situação de rua, em colônias ou errantes. Animais em situação de rua precisam de água, alimentação, tratamento médico e esterilização a fim de controlar a população existente, sob pena desses números aumentarem ainda mais. Nesse sentido, estabeleceu-se a questão do estudo – A lei deve prover a esterilização de animais em situação de rua e errantes? As políticas públicas de castração de animais domésticos são eficazes? Os animais, devem ter direitos equiparados aos dos homens?

Assim sendo, o objetivo principal desta monografia é demonstrar que ainda que existam políticas de esterilização de cães e gatos, essas políticas são ineficazes pois não alcançam animais em situação de rua, em colônias ou errantes, o que, consequentemente, contribui para o aumento populacional desses animais, problemas de saúde pública e outros.

No primeiro capítulo, abordaremos a proteção dos animais domésticos nos Brasil. Foram abordados temas relacionadas as situações cruéis a que muitos animais são submetidos e os motivos que levam o homem a incorrer nessas práticas. A senciênca animal foi abordada a fim de estabelecer o entendimento que, esse estado presente nos animais não-humanos, corresponde a sensibilidade e consciência humana e que ela se diferencia de autoconsciência. Seguindo, foi feita uma abordagem da evolução jurídico histórica de proteção dos animais domésticos no Brasil e a crueldade contra os animais. O capítulo termina tratando acerca da mudança de hábitos quanto aos cuidados com os animais: como eles saíram dos quintais de seusdonos para serem cuidados dentro de casa.

O segundo capítulo abordou as normas jurídicas existentes em nosso ordenamento jurídico e em códigos de proteção animal universal. A declaração universal dos direitos dos animais de 1978, foi utilizada para iniciar o capítulo, seguidas pela constituição brasileira

e leis federais. O principal aspecto é a lei 9605/1998 conhecida como lei dos crimes ambientais que em seu artigo 32 estabeleceu maiores penas para aqueles que incorressem em crimes de maus-tratos, bem como suas consequências penais e suas respectivas punibilidades. Por fim, houve abordagem do crime de maus-tratos e a aplicação do código penal ao respectivo crime.

O terceiro capítulo trouxe à baila os desafios sociais jurídicos e contemporâneos no que tange a proteção do meio ambiente e dos animais, bem como as consequências relacionadas aos problemas de saúde pública em virtude do abandono de animais e ainda, a reprodução de animais para comercialização clandestina. O capítulo termina abordando a ausência de políticas públicas pelo estado no controle de natalidade de cães e gatos em situação de rua, em colônias ou errantes.

Inicialmente dizer que o método que será utilizado para produção deste trabalho será o dedutivo.

Apresentar ao leitor, os aspectos que sejam capazes de mostrar que a ausência de controle de natalidade de cães e gatos em situação de rua e errantes contribui para o aumento descontrolado desses animais.

Nesse sentido, o método dedutivo será utilizado a fim de possibilitar ao leitor, a compreensão do tema, seus principais aspectos, problemas da não-esterilização de animais em situação de rua e errantes e a ausência de políticas públicas para o controle de natalidade.

Quanto a modalidade de pesquisa, esta será feita de forma teórica, a fim de se obter uma resposta de como resolver o aumento das populações de cães e gatos em situação de rua e errantes. Quanto ao nível de pesquisa, serão registrados, analisados e interpretados os fatores sociais, jurídicos, humanos e históricos relacionados aos direitos dos animais, a não- esterilização de animais em situação de rua e suas respectivas consequências.

1 ANALISANDO PROTEÇÃO DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NO BRASIL

Toda sociedade é negativamente afetada quando animais não humanos são vítimasde maus tratos. Diariamente por meio de jornais, televisão e mais fortemente pelas redes sociais, acompanhamos situações lamentáveis de práticas bárbaras e cruéis a qual os animais não humanos são submetidos. Jeremy Benthan (1789, p. 03) fazendo uso de sua condição de um dos maiores defensores da causa animal de todos os tempos, trouxe em suas obras, temas relacionados aos direitos dos animais não humanos, trazendo de forma enfática, a realidade duramente cruel, sofrida pelos animais não-humanos e como isso afeta negativamente as sociedades. Em seus escritos, Jeremy Bentham, criou a teoria utilitarista, que em breve linhas, avalia a moral e, principalmente as consequências advindas de atos e ações humanas. Para Benthan, o homem deveria adotar condutas e comportamentos a fim de produzir felicidade de prazer de toda a coletividade. Em outras palavras, cada ato humano deveria trazer reflexos de boas consequências à coletividade e que fossem evitados atos e ações que pudessem produzir sofrimento e dor.

Nesse mesmo sentido, assim como os animais humanos, os animais não-humanos estão presentes no meio social e fora dele, e fazem parte do conjunto de seres vivos que povoama terra. Assim, é imperioso destacar que os animais não humanos se integram com o animal homem, de forma que os direitos e garantias relacionados a eles vem conquistando importanteespaço de acordo com a evolução da sociedade e, principalmente de normas jurídicas de proteção dos animais humanos e não humanos. Alinhado ao que se tem por tendência social atual, os animais não humanos são seres sencientes. Isso quer dizer que esses animais são capazes de sentir e de vivenciar sentimentos como dor, medo, angústia, solidão, amor, raiva, alegria, desprezo e etc. De acordo com o dicionário Dício, senciente vem do latim *sentiens entis* que significa capaz de sentir ou perceber através dos sentidos. Em outra forma, seres que possuem ou conseguem

receber impressões ou sensações. (DICIO DICIONÁRIO ON LINE EM PORTUGUÊS, 2023)

Ninguém discorda que essas características não são uma exclusividade do ser humano, mas sim de todos os animais e os exemplos estão por todos os lados. No decorrer da história, haviam duas correntes de posicionamentos acerca dos animais, uns que vislumbravam os animais não humanos como membros de sua família que sentem fome, dor, fome, frio e amor; e outros que acreditam simplesmente que os animais serviam exclusivamente para exploração deles em favor do ser humano. No entanto, pessoas no mundo inteiro passaram aquestionar esse tipo de cultura, por estarem preocupados como animais domésticos e não domésticos eram tratados. (FRANCIONE, 2013)

Foram surgindo assim, os primeiros direitos e garantias aos animais não humanos mundo afora, no entanto, culturas e países se dividem quando o assunto acerca dos direitos dosanimais vem à tona. O certo é que tal realidade vem sendo alterada e com o desenvolvimento da preocupação da humanidade com os cuidados e preservação da fauna e da flora e, consequentemente a preocupação com o legado ambiental que deixaremos para as gerações futuras, o homem tem se preocupado com a forma como se relaciona e a forma como trata os animais. (LEVAI, LAERTE FERNANDO, 2013)

1.1 SENCIÊNCIA ANIMAL

O animal homem é capaz de sentir e/ou perceber o que acontece ao seu redor por meio dos sentidos. Possui 5 sentidos: audição, visão, olfato, paladar e tato. Esses sentidos são responsáveis por nos fazer perceber tudo o que está ao redor e em nosso meio. Desde o nascimento até o último momento de vida, o animal homem passa por momentos em que poderávivenciar, sentir e fazer sentir evidências e experiências de todas as sensações proporcionadas pelos sentidos que adquiriu no processo de evolução. As emoções humanos, há muito e ainda hoje,

são interpretadas como reações não racionais que são produzidas pelo como como uma espécie de instinto puramente biológica. Em breves linhas e pautados no processo evolutivo de Charles Darvin, publicada e 1859, as emoções são vistas como exclusivas à espécie humanas e vem de resultados de adaptações dos nossos ancestrais por meio do processo de seleção natural. Entretanto. É imperioso destacar que o processo evolutivo não é comum somente a espécie humana, mas comum a todos os seres viventes. Para além disso, a convivência com animais, faz parte da vida humana, conforme já demonstramos em tópico anterior e hoje, os animais domesticados convivem e habitam os lares de milhares de pessoas. (c.f. DARWIN, 2009)

O dicionário *on line* em português, aduz que a palavra *senciente* tem origem no latim *sentiens* e se traduz para sentir ou ter a percepção de algo por meio dos sentidos. Em outras palavras, um ser *senciente* é aquele que possui a capacidade de reconhecer e receber impressões, sensações e sentimentos do meio em que vive e de outros animais humanos e não humanos. A partir disto, a definição de senciência seria como o estado da mente que acompanha as sensações físicas e não físicas como alegria, tristeza, amor, medo, dor, desespero, calor, frio, fome e sede. Afirma-se que a senciência é correspondente a sensibilidade e consciência humana, mas algo que só pode ser encontrado em animais não humanos.

Cabe ainda destacar que em nenhuma hipótese, pode-se misturar a senciência com o conceito de autoconsciência. Há clara distinção entre as duas, sendo a primeira como capacidade de sentir ou perceber por meio dos sentidos e a segunda como a consciência que determinado sujeito tem de si mesmo.

> A senciência abarca, igualmente, habilidades cognitivas e reações emocionais operadas pelo sistema nervoso do indivíduo. Abrangendo, desse modo, não apenas sentimentos, mas habilidades, tais como, a de compreensão de ações efetuadas por outros indivíduos, com relação a si mesmo e para

> com outros indivíduos envolvidos, ter lembranças, capacidade de avaliar riscos e benefícios e de possuir um determinado nível de consciência (Broom, 2016; Broom & Fraser, 2010)

Ainda nesse sentido, há produção de diversos estudos e discussões no meio acadêmico, entre protetores de animais e a sociedade civil, com o objetivo de considerar que osanimais não humanos devem ser classificados como seres dotados de sentimentos e sentidos e que assim, são efetivamente capazes de sentir e perceber sensações e sentimentos, ainda que não tenham capacidade de manifestá-los de forma verbal e consciente como a espécie humana. Desse modo, a característica principal para reconhecer a senciência é a dor. A dor é o principalaspecto que vem sendo utilizado na defesa dos animais não humanos a fim de estabelecer a defesa na garantia da dignidade e direitos de proteção contra maus tratos, à vida e a possibilidade de vida de qualidade, ainda que em ambientes urbanos externos, como por exemplo, em colônias de proteção animal nas cidades e nos grandes centros urbanos. (BROOM,2016; BROOM & FRASER, 2010)

O entendimento trazido pela doutrina é de que, em virtude dos animais vertebradospossuírem sistema nervoso central, existe nesses animais a capacidade de sentir e perceber sensações. Nesse sentido, animais não humanos que tenham convívio com animais humanos em seu dia a dia, tem a necessidade de direitos como indivíduos. (PETER SINGER, 2010).

Nessa mesma toada, um dos precursores da proteção dos direitos dos animais, Gary Lawrence Francione, o princípio basilar a fim de fundamentar e garantir os direitos dos animaisé a senciência. Assim ele prescreveu:

> Não há qualquer característica que sirva para distinguir os humanos dos outros animais. Qualquer atributo que possamos pensar que torna os humanos 'especiais', e assim diferentes dos outros animais,

> é compartilhado por algum animal não humano. (FRANCIONE, Gary L, 2013, p. 32.)

Os direitos dos animais estão em evidência e, atualmente, são assunto em todos osmeios de comunicação. Impressos, em audiovisual ou ainda em redes sociais, o tema proteção e direito de animais envolve diversas pessoas do povo, acadêmicos de diversas áreas e o meio jurídico. Há coordenações de proteção de direitos de animais em todas as seccionais da OAB -Ordem dos Advogados do Brasil - do Brasil. Há hospitais Públicos veterinários sendo construídos em diversas capitais do Brasil. (NEGRINI; GERALDES, SOUSA JUNIOR, 2019)

É possível verificar e constatar que o entendimento e a concepção da população, acadêmicos, protetores e de juristas, vem sendo modificada em relação aos direitos e garantiasde animais não humanos. É senso comum entre todos que, se há estudo e evidências da senciência nestes seres e já que são capazes de se receber, perceber e sentir impressões e sensações, é fundamental que o ordenamento jurídico estabeleça feito garante a esses animais.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA PROTEÇÃO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS NO BRASIL

A evolução histórica da proteção de animais domésticos no Brasil é marcada por mudanças significativas ao longo dos anos. A preocupação com o bem-estar dos animais domésticos cresceu gradualmente, refletindo as mudanças na sociedade e a influência de movimentos internacionais de proteção animal. Aqui está uma breve visão geral dessa evolução:

Durante o período colonial, os animais eram frequentemente tratados como propriedade e não havia regulamentação significativa para protegê-los. Eles eram usados principalmente para trabalho e produção de alimentos.

No século XIX, começaram a surgir preocupações com a crueldade contra animais, especialmente em relação às práticas de touradas e corridas de cavalos. Em 1824, o Código Criminal do Império reconheceu algumas infrações relacionadas à crueldade contra animais.

No início do século XX, houve esforços para regulamentar a proteção de animais. Em 1934, o governo brasileiro promulgou o Decreto Federal nº 24.645, que estabeleceu diretrizes básicas para a proteção dos animais e punições para aqueles que os maltratavam.

Nas décadas seguintes, a legislação foi aprimorada e expandiu-se para abranger uma variedade de questões relacionadas à proteção dos animais domésticos, incluindo leis estaduais e municipais. No entanto, a aplicação dessas leis muitas vezes permaneceu inadequada.

No Brasil, é possível verificar que o principal alicerce normativo na busca da proteção ambiental surgiu com a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, Vanessa de Castro Rosa (2020) observa que através da Carta Magna inicia-se uma fase de proteção integral do meio ambiente, sendo que o Direito Ambiental conquista a sua autonomia científica, com objeto e princípios próprios e destaca ainda que a Constituição atrela a proteção ambiental a uma ordem econômica justa. Além disso, a proteção ao meio ambiente é um direito fundamental coletivo que a Constituição Federal de 1988 destaca em seu artigo 225, "o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo, sendo este essencial para a qualidade de vida, cabendo tanto ao Poder Público como a coletividade o dever de defendê-lo e protegê-lo para as futuras gerações" (BRASIL, 2020)

No início do século XXI, houve um aumento na conscientização sobre o bem-estar animal, impulsionado por organizações de proteção animal e pela sociedade em geral. Alguns estados brasileiros promulgaram leis específicas para proibir práticas cruéis, como a criação de cães para rinhas e a caça de animais em situações cruéis. (IPB, 2022)

Em 2008, foi promulgada a Lei Federal nº 11.794, conhecida como Lei Arouca, que estabelece diretrizes para o uso de animais em

atividades de ensino e pesquisa científica. A leiimpôs regras rigorosas para garantir o bem-estar dos animais utilizados nessas atividades. (SERGIO AROUCA, 2008)

A conscientização sobre a proteção animal continuou a crescer com o aumento do uso das redes sociais e a divulgação de casos de abuso animal. Organizações de proteção animal desempenharam um papel fundamental na pressão por mudanças e na conscientização pública sobre a importância da proteção dos animais domésticos. (GABRIEL FELIX, 2023); (LUIZA FACCIN, 2022)

Atualmente, o Brasil possui uma série de leis e regulamentações relacionadas à proteção de animais domésticos. Além disso, a sociedade brasileira está cada vez mais preocupada com o bem-estar animal, promovendo a adoção responsável de animais de estimação e denunciando casos de crueldade. (ONG Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, 2021)

Embora tenha havido avanços significativos na proteção dos animais domésticos no Brasil ao longo dos anos, ainda existem desafios, incluindo a necessidade de melhorar a aplicação das leis existentes e expandir a conscientização pública sobre o tema. A proteção de animais é uma preocupação crescente em todo o mundo, e o Brasil não é exceção.

Notadamente, a proteção dos animais não humanos não está voltada exclusivamente para evitar a extinção das espécies, mas sim tutelar cada uma delas, individualmente, levando-se em conta a sua importância ecológica na natureza. Nesse sentido, o fato de os animais não humanos não correrem risco de extinção não significa que deixem de ser integrantes do meio ambiente e essenciais à qualidade de vida. Não raro é observar que a maioria dos tribunais brasileiros têm adotado uma postura em que se exige o dano real e não apenas o dano potencial, ignorando, portanto, o princípio da cautela, o qual pode ser considerado uma das principais bases do direito quanto ao meio ambiente, capaz de garantir uma proteção mais eficaz do bemjurídico em questão. Na ótica vigilante da Suprema Corte, merece destaque o voto do MinistroCelso de Melo:

> A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele 125 que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2006,)

De todo modo, com a constitucionalização dos direitos, busca-se na atualidade a realização da tarefa mais árdua, consistente na efetiva proteção jurídica dos animais não humanos, uma vez que é crescente a tendência mundial na positivação de leis que tutelam cadavez mais esses seres vivos. Aliás, é graças a essa preocupação constante que a importância da elevação das regras e princípios do meio ambiente estão chegando ao ápice dos ordenamentos sociais, a fim de conferir maior segurança jurídico-ambiental. (CELSO DE MELO, 2006)

1.3 CRUELDADE CONTRA ANIMAIS

No ano de 2018, uma norma brasileira definiu com clareza os conceitos de violênciacontra animais e exemplifica situações de maus-tratos passíveis de punição. A mudança faz parte da RESOLUÇÃO Nº 1236, DE 26 DE OUTUBRO DE 2018 do Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV). 8

Faz-se necessário trazer à baila a diferença entre maus-tratos, crueldade e abuso. Os três pontos são muito parecidos e podem ser confundidos, no entanto, a resolução do ConselhoFederal de Medicina Veterinária trouxe na resolução estas definições para possibilitar aos médicos veterinários, ONGs e protetores, identificar a que tipo de situação o animal estava inserido, trazendo segurança jurídica no momento de emitirem pareceres técnicos necessários à decisões judiciais que porventura houverem.

> Art. 2º 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;

Os maus tratos aos animais não-humanos podem ser evidenciados de várias formas.O abandono é a mais evidente delas. De acordo com

especialistas, um gato doméstico, criado dentro de um lar sem zonas de escape e/ou acesso a rua, pode viver em média 15 anos.

No entanto, nos últimos anos, e em maior número, durante a pandemia da COVID-19, o aumento de animais chegou a casa dos 60%. Um dos fatores que podem ter contribuído para o aumento exponencial de abandonos de pets foi a crise econômica e social. Muitas pessoas perderam emprego e consequentemente suas rendas sem pensar nas consequências, a primeira coisa a ser pensada é a de se desfazer do animal. (CATARINA FERREIRA, 2020)

A crueldade contra animais domésticos é uma questão séria e perturbadora que afeta inúmeros animais em todo o mundo. Este problema abrange uma ampla gama de comportamentos prejudiciais, desde negligência e abandono até abuso físico deliberado. A crueldade contra animais domésticos pode se manifestar de várias maneiras. Isso inclui a negligência, onde os animais são privados de cuidados básicos, como comida, água e abrigo adequado. Além disso, existem casos de abuso físico, onde os animais são submetidos a violência deliberada, causando dor física e sofrimento emocional. O abandono também é uma forma comum de crueldade, deixando os animais à mercê do ambiente e da fome. (CFMV, 2023)

Para combater a crueldade contra animais domésticos, é necessário um esforço conjunto de governos, organizações de defesa dos animais e indivíduos. Isso inclui a implementação de leis mais rigorosas de proteção animal, programas educacionais para conscientizar o público sobre o bem-estar dos animais e apoio para aqueles que enfrentam dificuldades financeiras e emocionais para cuidar de seus animais de estimação. A prevenção é a chave para criar um ambiente seguro e compassivo para os animais domésticos. A crueldade contra animais domésticos é um problema que não pode ser ignorado. Exige nossa atenção e ação imediata para garantir que os animais recebam o respeito e a proteção que merecem. Ao abordar suas causas, conscientizar o público e implementar medidas eficazes de prevenção, podemos dar um passo importante em direção a um

mundo onde a crueldade contra animais domésticos seja umacoisa do passado. (CFMV, 2023)

1.4 MUDANÇA DE COSTUMES: DO FUNDO DE QUINTAL PARA O CONVÍVIO DENTRO DE CASA

O tema da proteção animal é relevante e atual. Existem hoje em todos os meios, expoentes que reivindicam que os animais precisam de garantias, direitos e principalmente amor. Jornais, novelas, séries e pelas redes sociais, advogados que atuam na causa animal, ONGs, protetores, artistas e pessoas comuns, apresentam as características, gostos,brincadeiras, acessórios, idas ao veterinário e muito mais. Mas nem sempre foi assim e isso é fácil de lembrar. (MURARO; ALVES, 2014, p. 10).

Nem sempre a convivência com animais de estimação foi como ocorre nos dias dehoje. Nossos pais e avós tinham outras referências acerca da criação dos bichinhos e, muito dificilmente conviveram com seus pets nos moldes atuais. Não era comum ter cães dentro de casa, comendo, brincando, convivendo com terceiros e, muito menos, dormindo na cama de seus donos. Era comum também que os animais fossem soltos para uma corrida, desbravar os arredores de sua residência, conhecer outros amigos cães ou fazer suas necessidades fisiológicas, afinal, no entendimento comum, fezes e urina poderiam, ainda que descartadas deforma adequada, trazer doenças indesejadas. Nesse sentido os animais eram soltos sem guia ouassistência de seus donos. (MURARO; ALVES, 2014, p. 10).

Os gatos, de igual modo, eram criados dentro de muros, quintais e com total acesso à rua. Era comum ver e ouvir os felinos pelas ruas e bairros, muitas vezes brigando por território ou acasalando nos telhados das casas. Todos têm histórias nesse sentido de que, gatos são barulhentos quando estão em período de acasalamento, que atrapalham o sono de terceiros, que quebram telhas de casas e etc. Não

era comum, por exemplo, ver um gato sendo criado dentro de casa e sem acesso à rua.

Para quem tem animais, é comum em uma determinada conversa com os pais ou avós, acerca da condição de saúde dos animais, ouvir deles que: antigamente não tinha esse tanto de problema com bicho. Eles não adoeciam assim e não precisavam ir ao veterinário para gastar esse tanto de dinheiro.

É preciso muito cuidado com essa informação sobre dois aspectos: o primeiro deles é que no tempo dos nossos pais e avós, a visão que se tinha acerca dos animais era totalmente diversa da que se tem hoje. Animais eram apenas animais, que tinham de comer, beber e ter um lugar para dormir. O segundo ponto é que, não haviam leis de proteção ao direito dos animais e nem tampouco o ativismo em favor dos bichinhos como hoje. Animais são seres sencientes, que sentem alegria, tristeza, dor, fome, sede, amor, e tem direitos tutelados pelo estado. (MURARO; ALVES, 2014, p. 11).

O que era comum no tempo de nossos pais e avós, era que os animais de estimação estivesse ali para proteger o lar, no caso dos cães; e para alegrar o lar no caso dos gatos. No entanto, o que não era comum naquele tempo era restringir o acesso do animal à rua, cuidar para que o animal tivesse alimentação adequada às suas condições biológicas, que tivesse acesso à água potável, que tivesse lugar fresco, arejado e com proteção contra sol e chuva, que o animal fosse levado ao veterinário.

Essa realidade mudou, pelo menos na grande maioria dos casos. Cães e gatos são considerados como membros da família, ocupam e habitam os lares, comem dentro de casa e dormem, quando é possível nas camas de seus tutores ou papais. (INSTITUTO PET BRASIL,2019)

Com 149,6 milhões de animais de estimação, segundo o censo do IPB (Instituto PetBrasil) de 2021, o Brasil é o terceiro país em número de animais domésticos. Considerando os 215 milhões de brasileiros, pelo menos 70% da população tem um pet em casa ou conhece alguém que tenha. (INSTITUTO PET BRASIL, 2019)

Nesse sentido, é possível constatar que nós, brasileiros, construímos uma relação de muito afeto e proximidade com os animais e em nada pode ser comparada a aquelas que foram vivenciadas pelos nossos pais e avós. Há hoje, a preocupação com a segurança, com o bem-estar, com a saúde, alimentação e todos os aspectos que contribuam para que os animais vivam e vivam bem. O que falta ainda são leis e normas jurídicas que possam possibilitem a efetivação das garantias e direitos tutelados aos animais, repressão aos maus-tratos, crueldade e abusos; maior rigor na fiscalização de crimes cometidos contra animais; e, maior rigor na aplicação das penas a aqueles que incorrem em qualquer um dos crimes tipificados na lei.

2. LEI DE MAUS-TRATOS E ABANDONO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS

A edição, criação e publicação da DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOSDOS ANIMAIS de 1978, nasceu com o escopo de conscientizar o animal humano de que os animais não-humanos também eram possuidores de direitos naturais, cabendo ao animalhomem garantir sua proteção de todas as formas. O animal homem, deve garantir o direito de proteção e respeito dos animais não humanos:

> Considerando que todo o animal possui direitos, considerando que o desconhecimento e o desprezo destes direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza, Considerando que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies, Considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há perigo de continuar a perpetrar outros, Considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante, Considerando que a educação deve ensinar desde

> a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais" (MURARO; ALVES, 2014, p. 3).

A proteção aos animais no Brasil, teve início a partir do decreto 16.590/1924. Esse decreto impedia que casas de diversões públicas, comuns naquela época, apresentassem bricasde canários e de galos ou corridas de touros, por exemplo, atividades estas em que os animais estavam sujeitos a maus-tratos. (MURARO; ALVES, 2014, p. 3).

Já na era Vargas, um novo decreto foi promulgado, trazendo uma nova realidade para aqueles que cometessem maus-tratos aos animais, uma vez que aqueles que incorrerem emtais práticas, cometeriam uma contravenção penal, de acordo com o que estava contido no decreto 24.645/1934. O decreto sofreu alteração sete anos após sua promulgação e foi incluído pela lei Federal 3.688, sendo revogado no ano de 1991 pelo decreto de número 11 daquele mesmo ano. (MURARO; ALVES, 2014, p. 3).

Com o advento da constituição cidadã de 1988, foi atribuído ao poder público e a toda a sociedade a responsabilidade de proteger, preservar e estabelecer diretrizes para uma gestão ambiental, proteção de áreas naturais, da flora e da fauna, inclusive, a fim de coibir práticas que submetam os animais à crueldade. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL. BRASIL, 1988)

Em 1998 foi criada a lei dos crimes ambientais - Lei 9605/1998. A lei trouxe reflexos dos textos editados anteriormente mas com grandes inovações quanto às penalidadese sanções para os autores de maus tratos.

De fato, a lei 9605/1988 trouxe um sentido de algo novo no que se refere à proteção da fauna e da flora mas em especial, o artigo 32 da lei, trouxe um efeito garante maior no que diz respeito à proteção da integridade física dos animais domésticos, sua proteção e, para aqueles que incorrerem no crime de maus-tratos à animais, a aplicação da lei para que penas esanções sejam aplicadas. (MURARO; ALVES, 2014, p. 6).

> Art. 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. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal".

É imperioso destacar que, na sociedade atual, com base em todos os estudos acercada senciência animal e com os avanços no campo do direito dos animais, aceitar ações e atitudesviolentas contra animais. Há muito tempo - e ainda nos dias de hoje - que casos de crueldade animal ocorrem em nas ruas e em lares e os responsáveis por essa violência sequer são punidos. Há hoje, um clamor social para que a legislação seja alterada a fim de aumentar as sanções e aspenas contra aqueles que cometem tais atos. (MURARO; ALVES, 2014, p. 6).

2.1 TUTELA PENAL E SUA PUNIBILIDADE

Conforme já mencionado no tópico anterior, há evidência de que as leis de proteçãoaos animais sempre existiram no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido e considerando que os animais possuem direitos e que o total desprezo e desconhecimento acerca de seus sentimentos, dores, alegrias e emoções destes seres, conduziram e conduzem o homem a cometer crimes contra eles e contra a natureza, foi criada a declaração universal dos direitos dos animais em 1978, proclamando que os animais possuem, igualmente, direito ao respeito, à vida e a existência, não podendo a espécie humana explorá-los e ou exterminá-los. (UNESCO - ONU. BÉLGICA, 1978).

Na linha desse entendimento, a lei 9605/1988, estabeleceu em seu consoante artigo 32 sanções e penalidades para infratores que incorrerem em abuso contra qualquer animal, estabelecendo o

seguinte: “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. ” Corroborando com o que trouxe o caput do referido artigo, o parágrafo primeiro leciona que “Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursosalternativos”

É certo que para os crimes previstos na lei 9605/1998, a ação penal pública é INCONDICIONADA, ou seja, qualquer pessoa do povo poderá acionar o ministério público para informar ou denunciar tais crimes e o Ministério Público que é o titular da ação penal em questão, ingressará com a ação judicial em defesa do animal, com as medidas que possam garantir a sua proteção, saúde e integridade e a punição aos transgressores se dará nos termos do artigo 32 das leis dos crimes ambientais. No entanto, a questão crucial é o tempo da pena, por ser inferior a dois anos de prisão, o judiciário pode facultar penas alternativas ao infrator, caso ele seja capaz de ressarcir o dano ou quita seu crédito com a sociedade. Nessa linha, a leiaplicada será a dos juizados especiais, Lei 9099/1995. De acordo com o artigo 76 da referida lei, há a possibilidade de aplicação da lei para crimes de menor potencial ofensivo, impondo a pena restritiva de direitos ou multa, em caso de aceite pelo infrator ou com autorização do juízo. É nesse panorama que diz-se que a pena imposta, atualmente, a aqueles que maltratam animaisé branda. As sanções previstas na Lei dos Juizados Especiais não são suficientemente capazes de prevenir condutas ilícitas no que tange aos maus-tratos a animais, uma vez que a referida leipermite a transação, o que é um estímulo à prática de atos de maus-tratos. (RODRIGUES, 2003).

Em 2020, com a promulgação e publicação da lei 14.064, houve uma alteração significativa na Lei dos Crimes Ambientais quanto ao aumento das penas para o crime de maus- tratos, quando crime praticado for contra cães ou gatos. A inserção do § 1-A ao artigo 32 da Leipassou a ter a seguinte redação: “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. (Incluído pela lei nº 14.064, 2020)". A partir daí, aqueles que incorrerem no cometimento de qualquer espécie de maus-tratos, crueldade, abuso ou abandono a cães e gatos, serão punidos com penas entre dois a cinco anos de reclusão, multa e proibição da guarda. Concomitante a isto, caso o crime resulte na morte do animal, a pena poderá ser aumentada deum sexto a um terço.

2.2 CRIMES DE MAUS-TRATOS E ABANDONO

Sempre que os direitos dos animais são pautados, a primeira questão que é suscitada é acerca da comparação e/ou a equiparação destes aos humanos, o que de fato é um grande erro. Os animais não-humanos têm o direito de não serem abandonados, abusados, mutilados ou mortos criminosamente. A ideia de que os animais foram criados para servir exclusivamente o ser humano remonta da idade antiga, quando filósofos gregos como Aristóteles e Platão definiram que os animais eram seres vulneráveis e que por isso não havia nenhum limite no exercício desse poder. (CARNEIRO, 2020). Seguindo pela idade moderna e contemporânea, ainda prevalecia a teoria de RenéeDescartes que equiparava os animais a máquinas, e que aqueles gemidos que os animais emitiam em determinados momentos ou situações não estavam relacionados a dor ou a qualquer outro sentimento ou emoção humana, mas sim, a um mal funcionamento das estruturas e, consequentemente, seria inútil se importar com os gritos emitidos por cachorros que eram dissecados vivos, tendo o próprio Descartes praticado essas vivissecções. (CARNEIRO, 2020)

Entretanto, houve e ouviu-se o levante de uma voz que deu origem ao reconhecimento de que os animais também eram possuidores de direitos, o filósofo Jeremy Benthan, iniciou uma análise dos animais à luz da teoria utilitarista e concluiu que "não importava se os animais seriam capazes de pensar, mas sim, se eles seriam capazes de sofrer", não importando que sua inteligência seja inferior à do ser humano.

O pensamento de Benthan ainda está em evolução e encontra forte resistência de pessoas que ainda consideram os animaiscomo objetos conforme preconiza o *antropocentrismo,* que paulatinamente vem sendo substituído pelo *biocentrismo,* fenômeno este que considera que toda forma de vida deve ser respeitada. (CARNEIRO, 2020)

Está definitivamente comprovado pela ciência que os animais possuem a capacidade de sofrer, tanto fisicamente, sentindo mau-estar, dor, febre, fome e sede, como emocionalmente a ponto de experimentar situações de medo, alegria, depressão, ansiedade e estresse. A afirmação faz parte da Declaração de Cambridge de 2012. O estudo contou com a participação de 26 dos mais renomados neurocientistas do mundo e contou ainda com a participação do astrofísico inglês Stephen Hawkins que, após estimularem áreas cerebrais subcorticais de mamíferos, aves e invertebrados como o polvo, concluíram que o funcionamento das estruturas neuroanatômicas, neuroquímicas e neurofisiológicas dos animaisé tão próxima do que ocorre nas mentes humanas quanto aqueles seres que têm consciência dasua existência e são capazes de sentir emoções: que estão boas ou ruins, de acordo com suas mentes, e não conforme nossa percepção ou interesse. (CARNEIRO, 2020)

Ora, se resta comprovado que os animais são passíveis de sofrimento, eles têm o direito de não sofrer, Essa concepção traz à baila o conceito de dignidade, afirmando que os humanos e também o animais têm dignidade, não cabendo aqui a ideia de equiparação entre seres humanos e outras formas de vida, o que deve ser igual é o direito de não sofrer em razãoda maldade e crueldade humana. (CARNEIRO, 2020)

2.3 APLICAÇÃO DO CÓDIGO PENAL NO CRIME DE ABANDONO E MAUS- TRATOS DE ANIMAIS

Maltratar e abandonar animais, ainda são consequências de um paradigma social aolongo da história, por meio dos quais os animais

são utilizados - de forma excessiva - como objetos à disposição dos seres humanos. Nessa toada, os atos de crueldade e abandono realizados contra animais domésticos, animais silvestres ou ambos, não eram vistos como a percepção de reprovação nem tampouco submetidos a qualquer espécie de punição pelo estado.(CONSTANTINO, 2021, p.22).

Em todo o progresso conquistado com a evolução humana e os respectivos reflexos existentes no campo jurídico, o estado passou a se preocupar com os animais não-humanos e, a partir daí, observou-se a necessidade de criar regras que abrangesse os animais e, consequentemente, a criminalização em consequência do abandono e maus-tratos aos animais, uma vez que estes cresceram alarmantemente. (CONSTANTINO, 2021, p.22).

É imperiosa e necessária a utilização do direito penal a fim de garantir a total proteção do meio ambiente, uma vez que as penalidades decorrentes de abandono e maus-tratos que estão em vigor não são suficientemente capazes de porem fim nessas práticas, uma vez que as normas aplicáveis imputam penas relativamente irrisórias em contraponto ao caráter gravoso, danoso e ilícito do fato praticado. Assim, uma alternativa para garantir a proteção efetiva do meio ambiente e de animais é a utilização do direito penal é a utilização do direito penal. (ALMEIDA, 2014).

Para Gomes (2013), um fator relevante e que contribui para os maus-tratos de animais no Brasil é a falta de leis mais rigorosas para os que cometem crimes contra os animais. Muitos guardiões irresponsáveis maltratam os animais, porque sabem que, na maioria das vezes, ocorre a transação penal (a pena é convertida na prestação de serviços, pagamento de cesta básica, entre outras), uma vez que o crime de maus-tratos é considerado de baixo potencial ofensivo de acordo com a Lei Federal nº 9.099/95. Mesmo com o aumento da pena em relaçãoaos maus-tratos com cães e gatos, ainda assim é um crime considerado de menor potencial ofensivo.

De acordo com o que leciona o Código Penal Brasileiro em seu consoante artigo 164, considera-se crime a introdução ou abandono de animais em propriedades alheias. Entretanto, o tipo penal em

questão esbarra em várias situações de abandono, pois esta tipificação é destinada a responsabilização de abandono em que são causados prejuízos à propriedade em que o animal foi deixado e não o dano causado ao animal em si.

Além da legislação nacional e internacional na defesa e proteção do meio ambiente, animais domésticos e silvestres, há ainda constituições estaduais que determinam para si a competência de proteção a estes, como é o caso da Constituição Estadual do Rio Grande do Norte que em seu artigo 19, inciso VI combinado ao artigo 84, inciso III, determinam o Ministério Público à legitimidade para promover inquérito e ação civil pública com objetivo de proteção ao meio ambiente e aos animais. (RIO GRANDE DO NORTE, 1989)

De igual modo, os municípios têm a obrigação de atuar no sentido de garantir a todos os cidadãos, o direito ao meio ambiente saudável, equilibrado e essencial à qualidade de vida, devendo promover ações de proteção aos animais. Essas ações devem ocorrer por meio de uma vasta articulação entre estados e municípios por meio de órgãos regionais, estaduais e federais, objetivando a proteção ambiental e animal. Entretanto, não há sequer um registro formal de leis municipais que apresentem esse tipo de previsão.

A relevância dos direitos dos animais é fundamental pois, se os animais tiverem direitos garantidos e positivados, eles deverão ser respeitados, ainda que isso incorra em ônus aos seres humanos. Ora, se os animais têm direitos, lhes é assegurado o direito de não terem as suas vidas ceifadas. (GALVÃO, 2010). Nesse sentido, há em nosso ordenamento jurídico um mecanismo por meio da lei 7.347/1985 que disciplina acerca da ação civil pública quanto à proteção do meio ambiente e no que diz respeito aos maus tratos aos animais, a fim de responsabilizar aqueles que causam danos a estes. Assim, observando o que preconiza a Constituição Federal e de acordo com a Lei de Ação Civil Pública, tanto as constituições estaduais quanto as municipais devem estar baseadas na responsabilidade compartilhada a fim de contemplar os direitos dos animais.

3. DESAFIOS SOCIAIS E JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

A proteção jurídica dos animais em nosso tempo e nos tempos vindouros, revela-se como um grande desafio. Há uma crescente preocupação da humanidade no que diz respeito a valores morais e éticos quando o assunto é o trato dos animais em todas as suas espécies e ambientes.

Nesse sentido, nos moldes daquilo que foi estabelecido pelo constituinte de 88, há a necessidade da efetiva participação do poder público e também da sociedade com o objetivode defender os animais de atos de abandono, crueldade, maus tratos ou todos eles, nos termos do que foi estabelecido no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal.

Ainda sob o prisma do artigo 225 *caput* da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente tem o reconhecimento de ser um bem de uso comum de todo o povo. O povo que utiliza este meio deve defender e preservar este meio a fim de garantir às gerações presentes e futuras a sua utilização. Não cabe aqui esquecer ou deixar de perceber que essa proteção e defesa é de responsabilidade de todos, sendo responsáveis por sua proteção toda à coletividadee o poder público, que possui maior capacidade de garantir que essa proteção ocorra. (PASSOS,CAROLINA p1, 2015)

Ainda no que tange a proteção de um meio ambiente equilibrado, garantindo a proteção da fauna e da flora, o constituinte estabeleceu alguns limites que foram expressados e externados por meio dos parágrafos do artigo 225, como por exemplo, no inciso VII do 1º do referido artigo, que estabelece ao poder público: "proteger a fauna e a flora, vedadas, na formada lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

Sabe-se que existem as mais diversas formas de exploração de animais em nosso país, tais como exploração para fins recreativos como rodeios, vaquejadas, rinhas, circos, zoológicos; para fins pedagógicos por meio de vivissecção; científicos utilizando animais como cobaias; esportivos, como no caso de esportes equestres; laboral, na utilização

de transporte e proteção patrimonial; fins religiosos para sacrifícios; e econômicos que estão ligados a vestimenta, produção de alimentos e outros. (PASSOS, CAROLINA p1, 2015).

Algumas dessas atividades de exploração dos animais já foram declaradas inconstitucionais, como o caso da "Farra do Boi" que é uma festa tradicional no estado de Santa Catarina, que teve sua inconstitucionalidade declarada por meio do Recurso Extraordinário 153.531-8. No estado de São Paulo, foi proibida a utilização de animais para atividades de desenvolvimento, experimento e teste de cosméticos, higiene pessoal e correlatos, por meio da lei estadual 15.316 de 2014. (STF, BRASIL, 1997) (ALESP, BRASIL, 2014).

No entanto, cabe o questionamento acerca da perpetuação dos atos criminosos, ilegais e a violação à decisão judicial. Ora, ainda que exista a decisão da inconstitucionalidade em relação a "Farra do Boi" no sul do país, permite-se a vaquejada no nordeste brasileiro, sob alegação de manifestação cultural. Nesse mesmo sentido, há a permissão de sacrifício de animais em culto religioso. (SARLET, INGO, p3).

Assim, caberia questionar o alcance e eficácia da norma constitucional, normas infraconstitucionais e das decisões judiciais no que concerne à proibição de submissão dos animais à crueldade. De fato, os tempos são outros e no que pese a falta congruência de entendimento a respeito do tratamento que deve ser dispensado aos animais no Brasil, está aí afundamentação para debate do tema.

3.1 SAÚDE PÚBLICA E ABANDONO DE ANIMAIS

A Organização Mundial da Saúde (OMS) relatou que no ano de 2022 existiam cercade 30 milhões de animais abandonados pelo Brasil. Ainda de acordo com a OMS, são 10 milhões de gatinhos e 20 milhões de cachorros sem acesso a água, alimentação adequada e em alguns casos, apresentando problemas de saúde provenientes de maus-tratos, mutilações ou zoonoses. Só no Distrito Federal são cerca de 700

mil animais abandonados, de acordo com um levantamento feito no ano de 2021 pela Confederação Brasileira de Proteção Animal. (REIS, LAURA. PAES LUANA, p1, 2023).

Dentre outros, um dos maiores problemas resultantes do abandono de animais estão as zoonoses, que são definidas pela Organização Mundial de Saúde (OMS, 2017) como qualquer doença ou infecções naturalmente transmissíveis entre animais vertebrados e humanos. A falta de informações relacionadas a zoonoses é um fator preocupante e está diretamente ligada a vulnerabilidade social, gerando impactos nas ações preventivas dessas comorbidades, causando um maior índice de contágio nessas populações. (BORGES et al., 2008)

No caso dos cães, que estão envolvidos na história natural das doenças zoonóticas e dentre desses acontecimentos a que mais se destaca entre os cães e vem acarretando problemas relacionados a saúde pública, social, ecológica, humana e bem estar animal é a LeishmanioseVisceral (LV) (ALVES et al., 2013).

A leishmaniose visceral é uma doença de grande impacto na saúde pública, pois é uma patologia de caráter crônico, negligenciada e apresenta alta letalidade (FARIAS et al., 2020).No Brasil, o ciclo da transmissão é zoonótico, sendo o cão doméstico considerado o principal reservatório, e o *flebotomíneo Lutzomyia longipalpiso* vetor de maior importância epidemiológica (WERNECK, 2016).

Já para os felinos, a maior preocupação está relacionada à esporotricose. Essa doença é causada pelo fungo *sporothrix sp.,* que é encontrado no solo em vegetais e de acordocom as pesquisas mais recentes, a doença está descontrolada no Brasil e em alguns países da América Latina. De acordo com dados do Ministério da Saúde, os casos da doença aumentaramem 260% em 10 anos no estado do Rio de Janeiro. (TELLES, FLAVIO. BRASIL, 2023).

É possível afirmar que, quanto maior o número de animais abandonados, maior seráa probabilidade de que estes animais sejam contaminados. A partir daí, nasce a preocupação com o controle de natalidade de cães e gatos. Pelo simples fato de estarem nas ruas, esses

animais estão expostos a doenças e, consequentemente, a transmissão de zoonoses. Ainda nessesentido e por não terem um lar, esses animais, raramente, contarão com cuidados e tratamentosem comparação aos animais que possuem um lar. (ALVES et al., 2005).

A fim de combater o crescente número de animais de rua, a principal saída apontada é o controle de natalidade de cães e gatos que vivem em colônias. Esses animais são esquecidos pelo poder público, sofrem diariamente com sede, fome e ações truculentas de humanos que os tratam como objetos que podem ser descartados. É imperioso destacar que a população de cãese gatos de rua, é formada, principalmente por animais perdidos e, principalmente, aqueles que são intencionalmente abandonados por seus tutores ou guardiões. (CFMV, 2017)

3.2 COMÉRCIO CLANDESTINO DE ANIMAIS E MAUS-TRATOS

Se de um lado e, conforme já demonstrado nas linhas deste texto, a quantidade de animais em situação de rua é assustadora, do outro há ainda que feche os olhos para esta situaçãoe prefira comprar um animal invés de acolher um que está na rua ou aguardando uma família em um abrigo. Animais domésticos são ótimos companheiros e trazem à família diversão, entretenimento, carinho e amor. A campanha "não compre, adote! ", tomou conta das redes sociais a fim de auxiliar no processo de adoção de animais resgatados das ruas, de situação de maus-tratos ou de abrigos clandestinos. (ANDA, 2014).

A campanha tem como princípio basilar a ideia de que há interesse em ter um animal no convívio do seu lar, não importa se esse animal possui ou não raça. Animais são seressencientes e são capazes de sentir e perceber sensações que estão à sua volta, conforme já demonstrado no primeiro capítulo deste texto e, nesse sentido, há a possibilidade de se afirmarque um animal adotado poderá reconhecer o ato de amor praticado.

Na contramão da adoção de animais, encontram-se diversos outros animais que vivem em situação de maus-tratos e negligência, dentro de gaiolas apertadas, com privação de alimentos, água e sem poder circular livremente.

Nesse sentido, diversos projetos de lei florescem pelo Brasil, com o objetivo principal de inibir a prática de utilização de cães e gatos tão simplesmente para reprodução e venda desses animais em sites, lojas e feiras livres. Em São Paulo, foi enviado ao governador do estado, um projeto de lei que proíbe a reprodução e comercialização destes animais em qualquer estabelecimento e prevê a criação de um Cadastro Estadual de Criador de Animais (CECA). Estas medidas contribuiriam para que esses criadouros fossem legalizados e que os responsáveis teriam de cumprir uma série de medidas a fim de garantir qualidade de vida e bem-estar desses animais. (G1SP, BRASIL, 2023)

O Distrito Federal conta com diversos canais que recebem, tratam e dão andamento em denúncias de maus tratos e comércio clandestino de animais. O GDF disponibiliza o número de telefone 162 e o site www.ouv.df.gov.br para o encaminhamento de qualquer espécie de denúncia que envolvam animais. As denúncias são encaminhadas ao IBRAM ou a Delegacia Especial de Proteção ao Meio Ambiente e a Ordem Urbanística (DEMA) e, de acordo com o teor da denúncia, as providências cabíveis serão adotadas. Além disso, a Polícia Civil do Distrito Federal, também possui um canal exclusivo para denúncias de maus-tratos a animais pelo link https://www.pcdf.df.gov.br/servicos/delegacia-eletronica/maus-tratos-aos-animais. (SEMA, BRASILIA, 2023); (PCDF, BRASÍLIA, 2023)

3.3 CONTROLE DE NATALIDADE E AUSÊNCIA DO ESTADO

Medidas de controle populacional de animais em situação de rua são necessárias e urgentes. Há a necessidade de debater o futuro desses animais, como a maior eficácia nas leis de proteção, maior rigor na punibilidade aos crimes de maus-tratos e abandono, ações voltadas

à saúde de animais em situação de rua e, principalmente, a falta de políticas públicas quanto aocontrole de natalidade desses animais.

De acordo com dados do Ministério do Meio Ambiente, o Brasil possui cerca de 55 milhões de cães e 24 milhões de gatos. Esse total corresponde a mais de 56% do total de animaisque compõem os lares brasileiros e esse número tende a aumentar de acordo com as previsões do Ministério, podendo chegar a 100 milhões de animais até 2030. Esse tema preocupa, pois, odescontrole populacional pode contribuir para abandono, maus-tratos, disseminação de zoonoses e impactos ao meio ambiente. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, BRASIL, 2022).

Ações de controle de natalidade são encontradas em todos os estados da federação, no entanto, em sua grande maioria, são coordenadas e mantidas por ONG's e por meio de projetos de particulares que nas horas livres atuam como protetores e guardiões de animais. COm o advento da era da internet, a causa animal alcançou um espaço próprio para atuar de forma ampla, solicitando ajuda e divulgando suas ações em prol dos animais, por meio de redessociais. (AZEVEDO, CHRISTIANE. p. 24)

Esta classe já existia há muito tempo, mas atuava de forma simples e independente, sem qualquer amparo ou auxílio do poder público. Com ações simples como feiras de adoção de cães e gatos, os protetores, guardiões e ONG's começaram a se encontrar, conhecer e aglomerar, tornando evidente sua causa e seus objetivos. (AZEVEDO, CHRISTIANE. p. 24)

Seja relacionado a outro tema ou na questão *in tela* e ressaltando o papel relevante e fundamental das ONGs, trazemos o leciona o professor José Cretella Neto que, segundo ele, "Apenas no campo dos direitos humanos têm as ONGS tanta importância quanto no direito internacional do Meio Ambiente. CRETELLA, JOSE. p. 446. 2012).

Como heróis, os protetores têm agido por meio das ONGs, reivindicando do poder público abrigos para animais abandonados, campanhas de conscientização da população, eventos e feiras de adoção, leis mais eficazes, apoio a castração de animais em situação de rua, dentre outras ações. No entanto, mesmo com todas as ações

positivas que são proporcionadas pelas ONGs, há ainda uma série de impedimentos burocráticos acerca, principalmente no que concerne às campanhas solidárias de esterilização de animais domésticos e em situação de rua.

Acerca disso, o Conselho Federal de Medicina Veterinária - CFMV, estabelece algumas diretrizes no que tange aos programas de ações ou mutirões de castração de animais. A resolução 962/2010 normatiza procedimentos de contracepção de cães e gatos em programas de educação em saúde, guarda responsável e esterilização cirúrgica com a finalidade de controle populacional, com o objetivo de normatizar esses procedimentos. (CFMV RES 962. p1, 2010).

De acordo com a presidente da Confederação Brasileira de Proteção Animal, Carolina Mourão, a questão que gira em torno da intransigência do CFMV e dos conselhos regionais quanto aos mutirões de castrações - inclusive os mutirões itinerantes - nada tem a ver com exigibilidade de notificação ou comunicação prévia aos conselhos. O cerne da questão é uma guerra de mercados entre o MERCADO PRIVADO DE ATENDIMENTO DE ALTO CUSTO e o surgimento do MERCADO PRIVADO DE ATENDIMENTO DE BAIXO CUSTO. O primeiro já é regulamentado, mas o segundo não. (MOURÃO, CAROLINA. 2022).

Assim, os conselhos regionais vêm adotando uma postura sistemática e intransigente no que tange aos mutirões de castração, conforme pode ser verificado a seguir com trechos de notícias nos principais jornais eletrônicos do país:

Matéria no Jornal Metrópoles em julho de 2021:

> O Conselho Regional de Medicina Veterinária do Distrito Federal (CRMV-DF) fiscalizou um mutirão para castração de animais, realizado nos últimos dias no Varjão, e constatou que o evento é irregular. O Vet Nômade castrou 80 cães e gatos por dia, em média". "A Confederação Brasileira de Proteção Animal é a responsável pelo mutirão que oferece castração

> animal a baixo custo. O procedimento em cães é feito pelo valor de R$ 130 e, em gatos, R$ 120. O projeto, realizado em parceria com a Administração Regional do Varjão começou no domingo (4/7) e deve terminar nesta quarta-feira (7/7).
> "Em publicação nas redes sociais, o CRMV-DF disse que "o referido projeto não está registrado no órgão, o que é obrigatório, e descumpre as legislações que tratam do tema, comprometendo, dessa maneira, a saúde e o bem-estar dos animais e da população". (JORNAL METRÓPOLES, 2021).

A exemplo do que ocorreu no Distrito Federal, conselhos regionais de outros estados adotaram a mesma postura em relação aos mutirões de castração, utilizando a mesma alegação de irregularidade em virtude dos programas, em tese, não estarem aprovados pelos respectivos conselhos.

Diante desse impasse e em virtude da instrução do Conselho Regional de MedicinaVeterinária do Estado do Paraná, no que tange às irregularidades dos mutirões, foi impetrado oMandado de Segurança nº 5009864-08.2022.4.04.7000/PR. No MS, a impetrante, requereu de forma preventiva e liminar "desautorizar o respectivo órgão, sob a pretensa orientação contida na resolução nº 962/2010 e resoluções correlatas do CRMV/PR, impedindo a impetrante de participar de mutirões de esterilização de controle populacional de cães e gatos no estado do Paraná, atividade que visa a promoção da saúde pública. (TRF4, BRASIL. 2022).

Não resta dúvidas que há uma evidente preocupação da sociedade, dos protetores eONGs de proteção animal quanto o controle populacional de cães e gatos e de fato, a castração ou esterilização é uma das formas mais eficazes no combate a ninhadas indesejadas e que, consequentemente, estes animais sejam abandonados nas ruas, portas de clínicas veterinárias, pet shops, ONGs e outros. (BUQUEIRA, LUIZ. p1. 2012)

O simples fato de recolher animais de rua ou errantes e levá-los a um abrigo, não resolve o problema. Aliás, os abrigos e ONGs de proteção animal estão com suas capacidades de lotação colapsadas. O animal não castrado, em contato com outros animais não esterilizados, pode, num momento de descuido, gerar outra ninhada indesejada. A castração é a solução para o controle da superpopulação de animais. (BUQUEIRA, LUIZ. p1. 2012)

A esterilização é uma cirurgia efetuada por médico veterinário que impede definitivamente a procriação. Nas fêmeas, consiste na retirada dos ovários. Já nos machos, há a retirada dos testículos. A castração impede a procriação, o que, consequentemente, reduz o abandono de animais, transmissão de doenças e zoonoses. A castração também contribui para redução da agressividade, as brigas por disputa territorial, as fugas e, no caso de animais que possuem um lar, auxilia no controle de demarcação de território com urina, por exemplo. (BUQUEIRA, LUIZ. p1. 2012)

No Distrito Federal, o Instituto Brasília Ambiental - IBRAM, possui um programade castração de cães e gatos que atende em todas as regiões do DF. O programa realiza castrações em cães e gatos por meio de clínicas veterinárias parceiras. Os interessados nas castrações, realizam um cadastro no site do instituto e aguardam o chamamento para que os procedimentos sejam realizados. No ano de 2019, foram castrados 9.055 cães e gatos. Em 2020, em virtude da pandemia da Covid-19, o número caiu para 3.478. Já em 2021, o programa atendeu 10.330 animais. Cabe destacar que as castrações não são realizadas em animais de rua, ou seja, o IBRAM não recolhe os animais nas ruas para castração. Essa modalidade de castração é ofertada a protetores e ONGs que atuam no resgate de cães e gatos de ruas do DF. (UNB CIÊNCIA, p2. 2022).

Há possibilidade de reverter essa situação de animais de rua, a exemplo do que feza Holanda, que criou um programa para conter a população de cães em situação de rua, incluindo incentivos à adoção responsável. O programa batizado de CNVR - sigla para *collect, neuter, vaccinate, return*, em inglês (ou, coletar, castrar, vacinar e devolver, em

tradução livre) consiste em castração e vacinação de animais, sejam eles de rua ou que pertençam a famílias. (REVISTA EXAME, p1. 2020).

Na Holanda, os tutores de animais precisam registrá-los junto às autoridadesgovernamentais e em algumas cidades, há exigibilidade de se pagar impostos específicos que podem chegar a casa dos 100 euros, para garantir o direito de ter um animal. Ainda de acordo com a legislação holandesa, um cidadão pego abandonando um animal em um local que não seja apropriado, é multado numa cifra que se aproxima dos 20 mil dólares e a pena pode incluirum ano de prisão. (REVISTA EXAME, p2. 2020).

Organizações holandesas pelos direitos dos animais, como a Animal Foundation Plataform, elogiaram o programa e foram além. Em estudos realizados pela organização, pode se verificar que, caso 70% de um grupo de animais seja castrada em determinada região, essa região consegue controlar ou extinguir a população de rua em alguns anos. Essas medidas, contribuem ainda para redução de doenças e zoonoses, quando contam também com campanhas de vacinação. (REVISTA EXAME, p3. 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo trazer o direito dos animais tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa proteção ainda é falha e ineficaz, evidenciando que a sociedade brasileira precisa de conscientização quando o assunto é proteção de animaisdomésticos.

Assim, e de acordo com a abordagem feita em relação a senciência animal, animaisnão humanos possuem sensibilidade e consciência, e consequentemente, são capazes devivenciar sensações e sentimentos, assim, está justificada a necessidade de que eles sejam protegidos e abarcados por leis e normas que sejam capazes de garantir proteção, qualidade devida e, principalmente dignidade. É importante reiterar que, se animais não-humanos são capazes de sentir sensações e perceber sentimentos, é fundamental que existam garantias de que

esses animais não sejam expostos ao sofrimento. Nesse sentido, aplicou-se o princípio da dignidade à vida aos animais não-humanos,

As sociedades, inclusive a brasileira, por meio de ONGs, protetores, guardiões, redes sociais, artistas, programas de televisão e outros meios de comunicação, tem investido em conteúdos voltados à proteção animal, combate aos maus-tratos e a adoção responsável. O assunto é de extrema importância e relevância social, uma vez que a conscientização do tema é fundamental para que pessoas de todas as faixas etárias, gêneros e classes sociais, consigam entender a necessidade de garantir e fazer garantir que animais não-humanos sejam protegidos da crueldade humana, não sejam vítimas de maus-tratos e não sejam abandonados.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais, foi proposta com o objetivo de uniformizar as condutas que versam quanto a defesa e proteção dos animais. Em 1978 a UNESCO proclamou a declaração e estabeleceu um marco no que tange a proteção dos direitos dos animais e a partir daí países passaram a estabelecer normas e leis que garantissem a proteção animal. Essas normas foram fundamentais, uma vez que ao longo da história humana, existiram práticas de crueldade contra animais não-humanos e havia a necessidade de mudanças mais concretas com o objetivo de reconhecer que animais não humanos são seres de direito.

Apesar de todo os esforços, conscientização e avanços jurídicos para a tutela dos animais não-humanos, isso não tem se mostrado suficientemente capaz de acabar com crueldade, maus-tratos e abandono de animais, pois há ainda muitos humanos que consideram e acreditam que os animais não-humanos existem apenas para servir ao homem e as suas necessidades.

De fato, nos últimos anos os animais ganharam muito mais espaço nos lares e nos corações das famílias brasileiras. Os bichinhos têm espaço, brinquedos, roupas e acessórios, mas principalmente, espaço garantido no que se refere a cuidados, carinho e amor. No entanto, na mesma medida que os animais conquistam os lares, outros tantos são abandonados nas ruas, largados em lugares ermos, quando

não jogados em rios e lagos para morrerem. A adoção nãoconsciente é um dos vetores para o abandono e este, se tornou ainda mais comum, elevando, consideravelmente, o número de animais em situação de rua, vivendo em colônias ou errantes.

Adotar um animal, independentemente de o animal possuir raça definida ou não, impõe ao tutor ou responsável uma série de cuidados, deveres, obrigações e despesas que acompanharão o animal por um longo período de tempo e, muitas vezes, a adoção não pensada ou, adotar um animal sem entender que esse animal come, bebe, adoece e precisa de cuidados médicos, leva o tutor ou responsável a dispensá-lo da pior forma possível, abandonando-o nasruas. O abandono, que diga-se de passagem, é considerado crime de maus-tratos, coloca o animal em uma situação de vulnerabilidade e, caso esse animal não seja esterilizado, irá contribuir para o aumento da população de animais em situação de rua, vivendo em colônias ouerrantes.

Este é o tema central desta monografia: a ausência do estado no controle de natalidade de cães e gatos. Ora, os animais são abandonados, seus tutores e responsáveis não são responsabilizados e se estes animais não foram esterilizados, estarão nas ruas com outros animais também não esterilizados, reproduzindo e aumentando consideravelmente a quantidade de animais em situação de rua. Não existe, hoje, nenhuma política nacional ou em qualquer estado da federação, que atue com o objetivo de esterilizar animais em situação de rua ou que vivam em colônias. Quando muito, há campanhas de castração voltadas a tutores, ONGs e responsáveis que retiram esses animais das ruas, levam aos programas de castração e disponibilizam esses animais à adoção. Um trabalho digno de reconhecimento, entretanto, tutores e ONGs não são capazes de realizar esse trabalho sozinhos.

Na verdade, há uma total ausência do estado brasileiro no que diz respeito a castração/esterilização de animais em situação de rua, vivendo em colônias ou errantes. Não há por parte do Conselho Federal de Medicina Veterinária e seus respectivos conselhos regionais, nenhuma ação a fim de contribuir com o tema. Não há no

congresso nacional ou na câmara dos deputados, nenhum projeto de lei nesse sentido. Não há no Brasil nenhuma campanha oficial de conscientização para a adoção responsável, nem tampouco incentivos fiscais com o objetivo de incentivar a adoção responsável, a fim de reduzir a quantidade de animais que precisam de um lar. Isso em nada contribui com a situação atual e não é difícil concluir que a situação tendea piorar ainda mais.

Não há necessidade de voltar muito no tempo, mas num passado bem recente, havia no Brasil, por parte dos centros de zoonoses, o recolhimento de animais em situação de rua. Animais eram recolhidos pela "carrocinha" e se seus tutores não se identificassem, esses animais eram conduzidos à eutanásia. Hoje, milhares de animais vivem nas ruas, em colônias ou andando pelas ruas de todas as cidades brasileiras. Sem acesso a comida, água, saúde e, peloinstinto, se reproduzindo e procriando, aumentando ainda mais a quantidade de cães e gatos que, dificilmente, terão um lar para chamarem de seu e terem, efetivamente, a dignidade que merecem ter.

Não existem muitos exemplos a serem seguidos no que tange ao controle populacional de cães e gatos, muito embora exista uma resposta para isso: a conscientização da adoção responsável, leis eficazes no combate aos maus-tratos e ao abandono e a esterilização de animais domésticos, em situação de rua, em colônias e errantes.

A exemplo do que acontece na Holanda, com um programa para coletar, castrar, vacinar e devolver animais domésticos e em situação de rua, que vem contribuindo para zerar a quantidade de cães e gatos abandonados. Além disso, tutores de animais precisam providenciar o registro de seus bichinhos junto aos órgãos governamentais, e em caso de abandono, pagar multa de aproximadamente 20 mil dólares.

Não resta dúvidas que os bichinhos sentem e percebem as sensações e sentimentos que os cercam. De acordo com a bíblia sagrada, animais são uma criação de Deus e foram colocados no Jardim do Éden para coabitar com o homem. A história bíblica diz que o próprio Deus pediu ao homem que estabelecesse os nomes de cada um desses animais. A história humana mostra que os animais

sempre conviveram e coexistiram e hoje, há a necessidade de que esses seres sejam acolhidos por nosso ordenamento jurídico, a fim de terem direitos estabelecidos e sejam protegidos da crueldade e maldade de homens que acreditam numa superioridade que inexiste. Animais não-não humanos tem o pleno direito de não sofrerem, não serem submetidos a sofrimento, crueldade e maus-tratos.

REFERÊNCIAS

ALESP - ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **LEI Nº 15.316,**

DE 23 DE JANEIRO DE 2014. São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15316-23.01.2014.html#:~:text=Pro%C3%ADbe%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20an imais,componentes%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: outubro de 2023

ALMEIDA, E. H. de P. Maus tratos contra animais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII,n. 122, mar 2014. Disponível em: https:// ri.unipac.br/repositorio/trabalhos-academicos/maus- tratos-contra-animais-2/.Acesso em: outubro. 2023.

ALVES, A. J. S; GUILOUX, A. G. A.; ZETUN, C.B; POLO, G.; BRAGA, G.B.; **Abandono de cães na América Latina: Revisão de literatura**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271444583_ Abandono_de_caes_na_Ame rica_Latina_revisao_de_literatura. Acessado em: outubro de 2023.

ARTIGO: MOBILIZAÇÃO PÚBLICA E DIREITOS ANIMAIS, 2019; https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2019/08/26/internas_opiniao,7791 60/artigo-mobilizacao-publica-e-direitos-animais.shtml

AZEVEDO, Cristiane Barbosa Monnerat de Azevedo. **Os movimentos sociais e a consolidação da proteção aos animais no Brasil e sua posição na arena internacional.** MPRJ. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-80/artigo-das-pags-19-56. Acesso em: outubro de 2023.

BENTHAN, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo:Abril Cultural, 1789. p.103. Disponível em:

Jeremy Bentham - Uma Introdução Aos Princípios Da Moral e Da Legislação | PDF (scribd.com). Acesso em: 02 de setembro de 2023.

BORGES, B. K. A.; SILVA, J. A. S.; HADDAD, J. P. A.; MOREIRA, E. C.; MAGALHÃES,

D. F.; RIBEIRO, L. M. L. et al. Avaliação do nível de conhecimento e de atitudes preventivasda população sobre a leishmaniose visceral em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. Cadernos de Saúde Pública [online], v. 24, n. 4, p. 777 - 784, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102- 311X2008000400007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: outubro de 2023.

BRASILEIROS ESTÃO MAIS PREOCUPADOS COM BEM-ESTAR ANIMAL, PESQUISA DATA FOLHA, ONG Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, Brasil, 2021. https://globorural.globo.com/Noticias/Criacao/noticia/2021/12/brasileiros-estao-mais- preocupados-com--bem-estar-animal-indica-pesquisa.html

BROOM, D. M. (2016). Considering animals' feelings: Précis of Sentience and animalwelfare. Animal Sentience, 1(5), 1–11.

BUQUERA, Luiz Eduardo Carvalho. Via Facebook: **CÃES E GATOS - CONTROLEPOPULACIONAL POR MEIO DE ESTERILIZAÇÃO CIRÚRGICA E POSSE RESPONSÁVEL**, 2012. Disponível em: http://www.prac.ufpb.br/enex/trabalhos/6CCADVCPROBEX2012681.pdf. Acesso em:outubro de 2023

CARNEIRO, Manoel Franklin Fonseca Carneiro. **A dignidade do animal na Constituição**. Brasilia: TJDFT. Disponível em:https: //www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e- produtos/artigos--discursos-e-entrevistas/artigos/2020/a-dignidade-do-animal-na-constituicao. Acesso em: Outubro de 2023.

CFMV, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. Combater os maus-tratos aos animais é um dever de todos. Brasil, 2023. https://www.cfmv.gov.br/combater-os-maus- tratos-aos-animais--e-um-dever-de-todos/comunicacao/noticias/2023/05/04/

CFMV, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. **Resolução 962/2010.** 2010. Disponível em: https://www.cfmv.gov.br/combater-os-maus-tratos-aos-animais-e-um- dever-de-todos/comunicacao/noticias/2023/05/04/. Acesso em: outubro de 2023

CICLO VIVO, Ativistas utilizam redes sociais para combater abandonos e maus tratos a animais; https://ciclovivo.com.br/inovacao/inspiracao/ativistas-utilizam-redes-sociais-para- combater-abandonos-e-maus-tratos-a-animais/#:~:text=tratos%20aos%20animais.- ,As%20redes%20sociais%20s%C3%A3o%20importantes%20ferramentas%20para%20fazer%20den%C3%BAncias%2C%20trocar,prote%C3%A7%C3%A3o%20aos%20animais%20no%20Facebook.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA – CFMV http://ts.cfmv.gov.br/manual/arquivos/resolucao/1236.pdf

CONSTANTINO, Isadora Helena do Vale. Crime de abandono e maus-tratos de animais.Trabalho Monográfico apresentado à Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia,2021.

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, RIO GRANDE DO NORTE, 1989. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70437/CE_RN_EC_22_2022.pdf?seque nce=11&isAllowed=y. Acesso em: outubro, 2023.

CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente. São Paulo:Saraiva, 2012.

DARWIN, CHARLES ROBERT. A expressão das emoções no homem e nos animais. Tradutor: GARCIA, LEON DE SOUZA LOGO, Brasil: Editora Companhia de Bolso, 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS. UNESCO - ONU, janeiro de 1978. Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423, Acesso emoutubro, 2023

DECRETO Nº 16.590. CÂMARA DOS DEPUTADOS, Setembro de 1924. Disponível em https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16590-10-setembro-1924- 509350-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso: outubro 2023.

DECRETO Nº 24.645. CÂMARA DOS DEPUTADOS, julho de 1934. Disponível emhttps://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934- 516837-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso: outubro 2023.

DIAS, Edna Cardozo. **Os animais como sujeitos de direito**. Revista Brasileira de DireitoAnimal, Salvador, v. 1, n. 1, p. 119-21, jan. 2006.

FACCIN, LUIZA. A importância das mídias digitais na adoção de cães e gatos. https://midias-digitais-e-sua-contribuicao-para-animais-em-busca-de-ado.webnode.co.uk/FERREIRA, CATARINA.NÚMERO DE ANIMAIS ABANDONADOS CRESCE, MAS ADOÇÃO NÃO ACOMPANHA, FOLHA DE SÃO PAULO, 2020. https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/08/numero-de-animais-abandonados-cresce-mas-adocao-nao- acompanha.shtml#:~:text=N%C3%A3o%20foi%20s%C3%B3%20o%20n%C3%BAmero,me nos%20530%20abrigos%20pelo%20pa%C3%ADs.

FRANCIONE, Gary L. Introdução aos direitos animais. Campinas: Editora Unicamp, 2013, p.32

G1 SÃO PAULO. **Projeto de lei aprovado diz que animais vendidos em pet shops sofrem'trauma' e 'estresse'; lojistas veem estímulo ao comércio clandestino.** 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/08/10/projeto-de-lei-aprovado-diz-que- animais-vendidos-em-pet-shops-sofrem-trauma-e-estresse-lojistas-veem-estimulo-ao- comercio-clandestino.ghtml . Acessado em: outubro 2023

GALVÃO, P. Os animais têm direitos? Perspectivas e argumentos. Lisboa, Portugal:Dinalivro, 2010. 240p

GOMES, N. S. C. Ética e dignidade animal: uma abordagem da constituição brasileira, da leide crimes contra a natureza e do decreto de proteção aos animais sob a ótica da Proteção jurídica aos animais domésticos 43 declaração universal dos direitos dos animais. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 09, 10, 11 e 12 jun., Fortaleza, Ceará. Anais. 2010. p. 645- 655. https://www.petz.com.br/blog/curiosidades/quanto-tempo-vive-um- gato/#:~:text=Hoje%2C%20os%20especialistas%20estimam%20que,SRD%20(sem%20ra%C 3%A7a%20definida).

INSTITUTO PET BRASIL - IPB https://forbes.com.br/forbes-money/2022/10/brasil-e-o- terceiro-pais-com-mais-pets-setor-fatura-r--52-bilhoes/

JORNAL METRÓPOLES. **Conselho de Medicina Veterinária diz que mutirão de castração no DF é irregular.** 2021. Disponível em: https://www.metropoles.com/colunas/grande-angular/conselho-de-medicina-veterinaria-diz- que-mutirao-de-castracao-no-df-e-irregular. Acesso em: outubro de 2023

LEVAI, Laerte Fernando. Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.26.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Políticas Públicas de proteção a cães e gatos**.Brasil, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/

mma/pt-br/mma-investe-em-politicas- publicas-de-protecao-a-caes-e--gatos. Acesso em: outubro de 2023.

MOURÃO, Carolina. Via Facebook: página oficial Confederação Brasileira de Proteção Animal. Brasil, 2022. Disponível em: https:// www.facebook.com/cbprotecaoanimal/. Acessoem: outubro de 2023

MURARO, Celia Cristina; ALVES, Darlei Novais. Maus tratos de cães e gatos em ambienteurbano, defesa e proteção aos animais. In: Jus Brasil, mar 2014. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/ artigos/maus-tratos-de-caes-e-gatos-em-ambiente-urbano- defesa-e--protecao-aos-animais/163211587. Acesso em outubro 2023

PASSOS, Carolina Ferraz Passos. **Os desafios da proteção jurídica dos animais contra práticas de crueldade: hermenêutica constitucional.** São Paulo: PGE-SP. Disponível emhttps://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/582/521. Acesso em: outubro de 2023

PCDF – POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. **Delegacia Eletrônica: Denúncia deMaus-Tratos.** 2023. Disponível em: https://www.pcdf.df.gov.br/servicos/delegacia- eletronica/maus-tratos-aos-animais. Acessado em: outubro 2023 PETZ em Jul 29, 2022

RODRIGUES, D. T. O direito e os animais: Uma abordagem ética, filosófica e normativa. 1.ed. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional.** Conjur, 2016 em: https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protecao-animais- papel-jurisprudencia-constitucional. Acessado em: outubro de 2023

SEMA – SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE E PROTEÇÃO ANIMAL

DO DISTRITO FEDERAL. **Denúncias de maus-tratos.** 2023. Disponível em: https://www.sema.df.gov.br/denuncias-de-maustratos/#:~:text=A%20Dema%20pode%20ser%20acionada,(61)%2099351%2D5736..Acessado em: outubro 2023

SENCIÊNCIA ANIMAL**. PROTEÇÃO ANIMAL MUNDIAL.** Disponível em: https://www.worldanimalprotection.org.br/senciencia-animal. Acesso em: 16/09/2023

SENCIENTE. In: **DICIO DICIONÁRIO ON LINE EM PORTUGUÊS**. Disponível em: https://www.dicio.com.br/senciente/. Acesso em: 02 de setembro de 2023.

SILVA, Laura Reis. PAES, Luana de Aguiar. **Abandono de Animais é Crime.** UniversidadeFederal de Brasília - UNB. Brasília, 2023. Disponível em: https://noticias.unb.br/artigos- main/6573-abandono--de-animais-e-crime. Acesso em: outubro 2023

SINGER, Peter. Libertação Animal - O Clássico Definitivo Sobre o Movimento PelosDireitos dos Animais e exploração animal. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 153.531-8.** Santa Catarina 1997. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500. Acesso em: outubro de 2023

UNB CIÊNCIA. **Pesquisadores da UnB desenvolvem método inovador para castração decães e gatos.** 2022. Disponível em: https://unbciencia.unb.br/biologicas/104-ciencias- biologicas/690-pesquisadores-da-unb-desenvolvem-metodo-inovador-para-castracao-de-caes-e-gatos. Acessado em: outubro 2023.

WERNECK, G. L. **Controle da leishmaniose visceral no Brasil: o fim de um ciclo?.Cadernos de Saúde Pública**, v. 32, n. 6, p. 1-2, 2016.

Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000600201.Acesso em: outubro de 2023.

INFANTICÍDIO: O OLHAR BIOPSICOSSOCIAL FRENTE AS INOVAÇÕES DEFENSIVAS NA CULPABILIDADE MATERNA

Lucas Ximenes[135]

Márcia Amélia de Oliveira Bicalho[136]

RESUMO

O presente texto tem como objetivo a investigação das condições biopsicossociais da genitora infanticida e as inovações defensivas no crime de infanticídio. Esse estudo justifica-se pelo fato do Código Penal a ser utilizado na contemporaneidade ser de 1940, sendo arcaico na construção de meios que possibilite a análise detalhada do estado puerperal e a capacidade de entendimento da genetriz no ato atentatório contra a vida do recém-nascido. O problema central da pesquisa baseia-se no fato de que muitas mulheres podem sofrer abalos de natureza biológica e psicológica durante ou depois do estado puerperal, porém, em muitos casos, são condenadas sem perícia médica. A fundamentação teórica seguiu os seguintes pressupostos defensivos, a título de exemplo, a inimputabilidade prevista no artigo 26 do Código Penal. Conclui-se que o artigo visa à propositura de novas teses defensivas, de acordo com o caso concreto e conforme os

135 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Euro Americano – UNIEURO; Advogado

136 Possui graduação em LETRAS pela Universidade Federal da Paraíba (2006), Mestrado em Linguística pela Universidade Federal da Paraíba (2008), Doutorado em Linguística pela Universidade Federal da Paraíba (2013), Especialista em Criminologia e Psicologia Criminal pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Graduada em PSICOPEDAGOGIA pelo UNICESUMAR (2022), Graduada em PEDAGOGIA pelo UNICESUMAR (2021). Coordenadora do curso de Pedagogia da UNIMAUÁ Centro Universitário. Exerceu a função de Coordenadora Adjunta de Atividades Complementares e Professora Adjunta do Centro Universitário de João Pessoa. Atuou como Coordenadora do Curso de Letras do Centro Universitário Euro Americano - UNIEURO, atualmente é professora adjunta do curso de Direito da instituição. Professora Assistente I do Centro Universitário IESB no Projeto de Curricularização da Extensão EaD. Coordenadora do curso de Pedagogia da Faculdade IBRA (FABRAS). Graduanda do curso de Psicologia do Centro Universitário Euro Americano - UNIEURO. Atua em bancas de avaliação externa do INEP e FGV.

variáveis graus puerperais, bem como a atuação estatal como criador de políticas públicas ante ao acompanhamento médico no processo gestacional.

Palavras-chave: Infanticídio. Estado puerperal. Inimputabilidade. Biopsicossocial.

INTRODUÇÃO

Historicamente o infanticídio passou por modificações legislativas e penalistas, devido as mudanças sociais. Entretanto, no Brasil, o Código Penal aplicado é o do ano de 1940, e, em razão disso, carece de atualizações na lei. À vista disso, a evolução científica e médica, requisitos essenciais para determinar se a mulher estava ou não sob o estado puerperal, está atualizada e é útil para apresentar ao juízo se a figura materna tinha domínio ou não de si na execução do ato.

Dessa maneira, há de se refletir na conduta da progenitora, a qual praticou o assassinato do seu descendente em virtude das alterações fisiológicas, a fim de examinar se o caso deverá ser culpável ou inimputável. Logo, indaga-se: compete ao Poder Judiciário condenar e punir a genitora infanticida, sem analisar e investigar suas condições biopsicossociais, ou há outros meios jurídicos que possam ser utilizados pelo órgão julgado para decidir o caso?

Sendo assim, o objetivo deste estudo é verificar a atuação do magistrado ao sentenciar um fato infanticida, que envolva a genitora que exterminou a vida do filho sob a influência do estado puerperal, ou seja, em razão de transtornos físicos e psicológicos. Dessa forma, a fim de verificar qual o estado de alteração fisiológica da mãe no momento do assassinato do filho, é necessário determinar e distinguir em qual grau puerperal a genetriz situava-se, quais sejam: grau máximo, médio e mínimo.

O presente trabalho está dividido em três tópicos, no primeiro contextualiza o infanticídio e o estado puerperal sob a ótica legislativa.

No segundo destaca os aspectos biopsicossociais que influenciam a mulher em seu estado puerperal e, no terceiro e último tópico analisa-se o estado puerperal como excludente de criminalidade.

Diante desse olhar introdutório e com base no estudo jurídico, o presente artigo identificará novas modalidades de teses defensivas no ato infanticida, decorrendo de meios jurídicos que amparem a genitora infanticida e a aplicação das normas jurídicas de acordo com a sua finalidade, a fim de ter um julgamento idôneo e sem acarretar em uma eventual condenação temerária.

1. O INFANTICÍDIO SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O vínculo maternal é o primeiro elo de sentimentos afetivos desenvolvidos pela mãe, biológica ou adotiva, ao filho. Machado de Assis (1878, p. 42) explana que o "amor de mãe é a mais elevada forma de altruísmo". À vista disso, ao analisar o contexto histórico da humanidade, verifica-se que o amparo materno consiste no laço de ternura e proteção.

No Estado Democrático de direito é inequívoco que a vida é a garantia jurídica que está no topo dos direitos fundamentais, a teor do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira.

À vista disso, Alexandre de Moraes (2000), jurista do Supremo Tribunal Federal (STF), leciona que: "*O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos*, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. " (Grifo nosso).

Com a égide doutrinária acima demonstrada, é evidente que a direito à vida deve ser assegurado sob todos os aspectos, tendo em vista que é a premissa para as demais garantias constitucionais dos indivíduos. Dessa forma, não há no que se imaginar outra garantia jurídica se sobressaindo ao direito à vida, tendo em vista que todas as diretrizes normativas advêm deste preceito fundamental.

Sob essa face, no mundo contemporâneo, nota-se diversos casos de genitoras que são levadas a julgamento acusadas de terem assassinado os seus filhos recém-nascidos durante ou logo após o parto em circunstâncias semelhantes, todavia, recebem o mesmo tratamento taxativo e em diversos casos são condenadas sem ao menos a análise de perícia médica.

Durante o período gestacional, a parturiente vivencia inúmeras mudanças corporais, físicas e psíquicas, as quais podem acarretar oscilação de humor, sentimento de tristeza, raiva e alucinações. Tais elementos podem ser eivados do contexto social e particular vivenciado pela genitora no período da gravidez e, após a retirada da criança do ventre materno, devido a psicose pós-parto, a ascendente vislumbra no recém-nascido o alvo de desafeto, vindo a cometer a prática infanticida.

Inserido no Código Penal do ordenamento jurídico pátrio brasileiro, especificamente no artigo 123, o infanticídio provém do latim *infanticidium*, que significa homicídio do nascente, isto é, a criança nascendo, ou do neonato, ou seja, o recém-nascido (JESUS, 2020, p. 135).

A diretriz normativa basilar punindo o crime de infanticídio dispõe que:

> Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:
> Pena - detenção, de dois a seis anos.

Sob a ótica doutrinária, Nucci (2020, p. 78) declara que o infanticídio é o ato da mãe que, sob a influência do estado puerperal, atenta contra o filho, sendo ele nascente ou neonato. Nesse viés, o infanticídio é considerado um homicídio privilegiado, ou seja, como causa especial de redução de pena. Dessa forma, em virtude da consumação do delito infanticida, o sujeito ativo é a mãe a qual assassina o seu próprio filho, vítima, durante ou logo após o parto em virtude de estar sob a influência do estado puerperal, sendo

assim, considerada o sujeito ativo do respectivo crime (BARROS; CASTELLANA, 2020).

A doutrina pátria caracteriza o referido crime de Infanticídio como crime próprio, tendo em vista que somente pode ser cometido pela mãe, a qual, sob a influência do estado puerperal, atenta contra a vida do próprio filho. Além disso, considera-se como crime de forma livre, doloso, comissivo e omisso impróprio, posto que o sujeito ativo detém status de garantidor. É o crime de dano, material, plurissubsistente, monossubjetivo, não transeunte, instantâneo de efeitos permanentes (GRECO, 2022, p. 298).

À vista disso, nota-se a compreensão decisional acerca da temática:

> A destruição do feto durante o parto caracteriza o crime de homicídio, desde que não praticada por quem se encontrar nas condições do privilégio previsto no art. 123 (infanticídio) do Código Penal. (TJMG, Processo 2.0000.00.432144-2/000 [1], Rel. Alexandre Victor, pub. 29/05/2004).

Nesse teor, a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e o Tribunal de Justiça de Minas Geral (TJMG) detém o seguinte entendimento:

> O simples fato de matar a filha, logo após o parto, não autoriza dizer que foi sob a influência do estado puerperal. Necessário que haja provas de que a recorrente estivesse sob forte perturbação psíquica e hormonal, sendo incapaz de discernir e de se autodeterminar, sem forças para inibir o seu animus necandi. Contudo, havendo documentos médicos que atestem a higidez mental da acusada, deve-se deixar a cargo do Conselho de Sentença decidir se a vítima agiu ou não sob influência do estado puerperal, eventualmente desclassificando

> o crime de homicídio para o delito de infanticídio e, caso prevaleça a tese acusatória, também a questão relativa às qualificadoras deve ser submetida à apreciação do Tribunal do Júri. (TJ-MG, RSE 0002195-12.2015.8.13.0028, Rel. Des. Correa Camargo, DJe 22/01/2016).

Por esta razão, o ato atentatório "*infanticidium*" é considerado como crime próprio, tendo em vista que é necessário a condição especial – mãe, sob a influência do estado puerperal - para caracterizar a transgressão violadora normativa, o que não exclui a participação de terceiros, os quais podem ser punidos, em virtude da exceção prevista artigo 30 do Código Penal, o qual versa sobre a comunicabilidade de sanção, desde que seja elementar do crime, sendo, neste caso, ambos penalizados pelo delito infanticida (BARROS; CASTELLANA, 2020).

Ante o exposto, com o advento do Código Penal de 1940, o ordenamento jurídico pátrio atribuiu a crime de infanticídio o status de espécie autônoma e privilegiada de homicídio, adotando o critério biopsíquico, denominado estado puerperal.

1.1 A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL

O estado puerperal e o puerpério são períodos de transições físicas, hormonais, psíquicas e particulares das mulheres que se encontram no fim do período gestacional, todavia, são atos distintos (ROSA ELIAS, 2019).

O puerpério é o período que se estende desde o desprendimento da placenta até a volta do organismo materno às suas condições e circunstâncias anteriores à gravidez, perdurando, em média, de 6 (seis) a 8 (oito) semanas, dependendo do corpo de cada gestante (FRANÇA, 2017, p. 752). Ao passo que o estado puerperal se expressa por meio de alterações psicológicas decorrentes do processo de parto (ANDERSON, 2012, p.5).

O estado puerperal constitui em alterações psíquicas de início súbito e de caráter temporário, diminuindo a capacidade de entendimento da mulher no pós-parto. Em análise doutrinária, jurisprudencial e hospitalar, não há uma classificação médica específica para esse transtorno, podendo ser equiparado ao transtorno dissociativo (MARTINS DE BARROS; BONINI CASTELLANA, 2020).

Em conformidade com a compreensão acima, a Classificação Internacional de Doenças (CID 10), publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) prevê o estado puerperal como:

> **[...] uma perda parcial ou completa das funções normais de integração das lembranças, da consciência, da identidade e das sensações imediatas, e do controle dos movimentos corporais**. Os diferentes tipos de transtornos dissociativos tendem a desaparecer após algumas semanas ou meses, em particular quando sua ocorrência se associou a um acontecimento traumático. (Grifo nosso).

Ao averiguar a instância deste crime, faz-se necessário distinguir as ocorrências do estado puerperal em seus graus máximo, médio e mínimo. Determina-se que o grau máximo desse transtorno se caracteriza pela inconsciência e por delírios mentais. Ademais, o grau médio é definido pela turvação de consciência e por uma mínima responsabilidade acerca dos fatos cometidos, embora a influência de tal transtorno psíquico sobre a puérpera seja elevada. Por fim, o grau mínimo consiste também por um transtorno mental que influi sobre os atos da parturiente, sem que esse fato acarrete na ausência da competência dela em diferenciar ações lícitas e ilícitas, isto é, a mulher possui responsabilidade sobre seus atos (ANDERSON, 2012, p. 10-14,17).

Bitencourt (2018) ressalta que a Medicina Legal ainda reconhece que durante este estado fisiológico, a mulher, em decorrência do

enfraquecimento do discernimento e confusão mental, torna-se incapaz de distinguir o lícito do ilícito, encontrando-se em um momento incompreensão sobre contexto a sua volta e desorientação das relações afetivas e emocionais. Assim compreende e complementa Barbosa (2018) em seus estudos ao pontuar que durante o estado puerperal, a genitora passa por picos hormonais, acarretando na psicose pós-parto.

Tendo em vista a perda das funções de compreensão sobre a realidade, ainda que transitórias, tal fator soma-se ainda as alterações hormonais envolvidas, bem como ao contexto social vivenciado pela puérpera. Isto posto, estudos realizados sobre a etiologia da depressão pós-parto, podem ser estendidos para auxiliar no entendimento da origem dos transtornos mentais do puerpério de maneira geral, assim como para confirmar que, apesar de nem todas as infanticidas padecerem de alguma doença que retire sua capacidade de entendimento e de autodeterminação, o estado puerperal configura-se como confusão fisiológica, a qual necessita-se de amparo profissional médico (BARROS; CASTELLANA, 2020).

À vista disso, a disforia puerperal ocorre em 50 a 85% das mulheres. No que concerne a depressão pós-parto apresenta prevalência em torno de 13% das genitoras, o que pode causar repercussões negativas na interação mãe-bebê e em outros aspectos da vida da mulher, o que de fato precisa de intervenção e acompanhamento médico profissional. A psicose pós-parto é rara, aparecendo em cerca de 0,2% das puérperas. É considerada um quadro grave, que envolve sintomas psicóticos e afetivos, com risco de suicídio e infanticídio (REISHOFFER, 2017).

Nesse sentido, essas taxas elevadas não indicam que todos os casos de infanticídio sejam decorrentes de transtornos mentais que eximam a autora da responsabilidade, mas mostram que a avaliação psiquiátrica e psicológica nessas ocasiões é imprescindível (BARROS; 2010).

Ante o exposto, em razão das alterações fisiológicas da genitora no período que se estende entre o parto e o pós-parto, a genetriz pode ter a sua capacidade intelectual reduzida, não tendo a ciência dos fatos

que esteja praticando, tendo em vista o entendimento reduzido em virtude do estado puerperal. Em conformidade com esse pensamento jurídico, Gonçalves (2021, p. 70) relata que:

> O fenômeno do parto, em razão da intensa dor que provoca, da perda de sangue, do esforço necessário, além de outros fatores decorrentes da grande alteração hormonal por que passa o organismo feminino, pode levar a mãe a um breve período de alteração psíquica que acarrete rejeição àquele que está nascendo ou recém-nascido, tido por ela naquele momento como responsável por todo o sofrimento. Se, em razão dessa perturbação, a mãe matar o próprio filho, incorrerá no crime de infanticídio, que tem uma pena consideravelmente menor do que a do homicídio, pois está provado cientificamente que a autora do crime encontra-se com sua capacidade de entendimento diminuída em razão do estado puerperal.

Jesus (2020, p. 135) explana que o crime de infanticídio é delito autônomo e detém designação jurídica própria, dado que se instala na estrutura do homicídio privilegiado, ou seja, em condições especiais e particulares, pois a puérpera, no momento do parto, sofreu abalos fisiológicos.

No bojo conceitual, nota-se que o núcleo do infanticídio concerne no fato da mãe, sob a influência do estado puerperal, matar o próprio filho durante ou logo após o parto. Como ficou demonstrado de forma a não deixar dúvidas, o transtorno fisiológico deve ser analisado caso a caso, indicando o quadro dissociativo e analisando se houve ou não a perda de entendimento ou autodeterminação da genitora no momento da prática do delito.

1.2 INIMPUTABILIDADE NOS CASOS DE INFANTICÍDIO

Um ponto indispensável para caracterizar o infanticídio é o estado puerperal, elemento que se harmoniza com o entendimento do artigo 26 do Código Penal, uma vez que é possível o reconhecimento da influência deste estado fisiológico e também da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade da parturiente (PRADO, 2021, p. 101).

Entretanto, na ausência de psicose puerperal, compreendida em alucinações agudas, confusões mentais, delírios que sobrevêm ao parto – a morte do descendente pela ascendente - inimputável ou semi-imputável – deixa de caracterizar o delito de infanticídio para configurar o crime de homicídio, sob o viés que da inexistência do núcleo do tipo que define o crime de infanticídio – estado puerperal – a genitora agiu com plena consciência de seus atos (PRADO, 2021, p. 101).

Ao verificar as elementares infanticidas, observa-se que a disforia puerperal é um transtorno passageiro de humor, todavia, neste período temporal, a genitora pode sofrer confusões mentais, emergindo no ato atentatório do seu descendente.

O verbo matar é o mesmo do homicídio, razão pela qual a única diferença entre o crime de infanticídio e o homicídio é a especial situação em que se encontra a agente. Dessa forma, na essência, o infanticídio é um homicídio privilegiado, ou seja, um homicídio com a pena atenuada (NUCCI, 2022, p. 551).

Sob essa ótica, é notório que se a parturiente, sob as razões biopsicossociais e fisiológicas, prática o ato atentatório sem plena consciência da conduta, esta atuo sem a capacidade de entendimento ou determinação, devendo-se considerar como inimputável ou semi-inimputável, a teor do art. 26 do Código Penal. Assim, em alicerce de ideais, Rogério Greco (2022, p 228) e a jurisprudência pátria lecionam que:

> Se a parturiente, completamente perturbada psicologicamente, dada a intensidade do seu estado

> puerperal, considerado aqui como de nível máximo, provocar a morte de seu filho durante o parto ou logo após, deverá ser tratada como inimputável, afastando-se, outrossim, a sua culpabilidade e, consequentemente, a própria infração penal.
> Ré. Inimputável em razão de doença mental. Estado puerperal. Correta absolvição sumária com aplicação de medida de segurança (TJRS, RD 70014810014, 1ª Câm. Crim., Rel. Ranolfo Vieira, DJ 21/06/2006).

Nucci (2022, p. 551) leciona que a depressão pós-parto pode surgir até um ano depois do nascimento da criança, representando um grave estado psicológico, acarretando na falta de interesse da genitora pelo mundo ao seu redor, seguindo a ideia de ceifar a vida do filho ainda bebê.

Ante o exposto, afastando a culpabilidade em decorrência das alterações fisiopsíquicas e biopsíquicas da parturiente, aplica-se a inimputabilidade da autora. Dessa forma, Greco (2022, p. 148 *apud* Frederico Marques, 1999, p. 180) pontua que:

> Quando a parturiente é uma doente mental e comete o crime sob a influência do estado puerperal, sem qualquer poder de autodeterminação, impunível é o seu ato homicida, por tratar-se de pessoa inimputável. E o mesmo se dá quando ocorrem psicoses ou doenças mentais causadas pelo puerpério, com completa anulação do poder de autodeterminação, cabendo, então, aplicar-se o que dispõe o art. 26 do Código Penal.

Neste ponto, ressalta-se que a prova pericial é o instrumento que materializará a caracterização de um crime de infanticídio. Em regra, avaliando-se por perícia médica em que a genitora atuou sem consciência na pratica dos seus atos, emergida na disforia mental, retrata-se o típico caso previsto no texto normativo do artigo 26, caput,

do Código Penal. Deste modo, embora não previsto na legislação penal, o ideal é submeter a mãe ao exame pericial, a fim de apurar a perturbação da saúde mental (GRECO, 2022, p. 551)

Por tal razão, a parturiente, abalada de tal modo que seja considerada incapaz de compreender a realidade e a ilicitude do fato, será tratada como inimputável, afastando a sua culpabilidade, a teor do artigo 26 do Código Penal.

Isto posto, comprovado por exame médico que a parturiente não estava sofrendo o estado puerperal e que detinha plena consciência dos seus atos, esta prática será retratada como crime de homicídio, conforme o artigo 121 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Entendimento jurisprudencial:

> TJSP-APL: 90000040820078260625 SP 900004-08.2007.8.26.0625, Relator: Machado de Andrade, data do julgamento: 13/06/2013, 6ª Câmara de Direito Criminal, data da publicação: 17/06/2013. (TJSP – RT 491/293).
> TJSP: "Se não há indícios do estado puerperal, dada a ausência de qualquer perturbação psicológica na acusada, responde ela por homicídio e não por infanticídio, ao eliminar o filho recém-nascido por asfixia" (RT 488/327). (TJ-SP, 2013).

Nos precedentes constatados pelo TJSP, verifica-se a utilização do exame pericial, a fim de ratificar que no ato criminal, a genitora não estava sob os sintomas do estado puerperal, caracterizando assim, a conduta infanticida. Hart (1961, p. 39-40) explana que, para realizar justiça, é necessário analisar os diversos modos em que o direito será elaborado e aplicado no meio social, além de fiscalizar a forma na qual este será sentenciado no tribunal

Contudo, observações e críticas devem ser elencadas mediante algumas jurisprudências dos Tribunais, as quais explanam que a prova pericial não se faz necessária para comprovar tal distúrbio e

penalizam a mulher sem ao menos ter realizado seu diagnóstico no instante em que cometeu o crime (ANDERSON, 2012, p. 8).

> ARTIGO 123 DO CÓDIGO PENAL - AUSENTE O EXAME PERICIAL DO ESTADO PUERPERAL - DESNECESSIDADE - A FALTA DE EXAME MEDICOPERICIAL DO ESTADO PUERPERAL DA INDICIADA NAO EIVA COM NULIDADE O PROCEDIMENTO CRIMINAL. A POSICAO DOUTRINARIA E A REITERADA ORIENTACAO JURISPRUDENCIAL MODERNA CONSIDERAM DESNECESSARIA A PERICIA MÉDICA PARA A CONSTATACAO DO ESTADO PUERPERAL DA DENUNCIADA PELO INFANTICIDIO POIS ESTE ESTADO E DECORRENCIA NORMAL E CORRIQUEIRA DE QUALQUER PARTO E CONDUZ A CONVINCENTE PRESUNCAO DO "DELICTUM EXCEPTUM". INOCORRENCIA DA NULIDADE PROCESSUAL EM FACE DA AUSENCIA DE EXAME MEDICO-PERICIAL DA SANIDADE MENTAL DA INDICIADA NAO ARTICULADO NO DECORRER DA INSTRUCAO E ALEGADO SOMENTE NA FASE RECURSAL - RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. LEGISLACAO: CP ART 123. CPP - AR 411. JURISPRUDENCIA: STF. 2 T, REL MIN CARLOS VELOSO, DJU 18/12/92, P 24379. STJ - 5 T, REL MIN JESUS COSTA LIMA, DJU 25/10/93, P 22507. RT 655/272. RT 527/394. RT 583/458. RT 607/364. (TJPR 1996).

Hart (1961, p. 36) afirma que a junção entre as normas e a atuação do magistrado define a essência do direito. Nesse viés, no âmbito judicial, o magistrado, ao realizar a sentença no caso concreto, deve aplicar a justiça

No entanto, em referência ao julgado acima citado, o juiz adotou o critério errôneo, no qual houve a ausência da apuração pericial, procedimento relevante para caracterizar o infanticídio. Assim, com

tal ato, a corte rompeu com os princípios e os valores que regem o cargo da magistratura, posto que sentenciou o caso concreto com o próprio entendimento, isto é, parcial e subjetivo.

Dessa forma, ao não solicitar a prova pericial da gestante, o Poder Judiciário parte da razão que esta agiu com dolo. Convém ressaltar que dolo é a consciência associada à vontade de obter um resultado proibido. Ora, se a parturiente sofria de transtorno mental em estágio elevado, significa que há ausência de dolo no ato praticado. Sendo assim, a parturiente não poderia ser condenada por nenhum crime, uma vez que não havia intenção de atentar contra a vida de seu descendente. Esse ponto é defendido por Greco (2022, p. 148), com fundamento no art. 26 do CP, que submete esse fato a uma excludente da culpabilidade pela inimputabilidade, posto que, no momento do delito cometido, o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato.

A compreensão jurisprudencial:

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – INFANTICÍDIO TENTADO – PROVAS DE MATERIALIDADE E DA AUTORIA – CONSTATAÇÃO ABSOLUTA INIMPUTABILIDADE DA AGENTE CAUSADA PELO ESTADO PUERPERAL – ÚNICA TESE SUSTENTADA PELA DEFESA –ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA IMPRÓRPIA –MEDIDA QUE SE IMPÕE. 01. Comprovado nos autos, através de exame de verificação da sanidade mental – aliado aos demais elementos de prova –que o estado puerperal provocou, na agente, a absoluta incapacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento no momento da ação, impõe-se reconhecer sua inimputabilidade – causa de isenção de pena -e, sendo essa a única tese sustentada pela defesa, absolvê-la sumariamente da imputação que lhe foi feita na denúncia. (TJ-MG, 2019).

Portanto, já que este estado causa perturbações psicológicas no período do pós-parto, convém ressaltar que a mulher não apresenta pleno domínio de suas faculdades mentais quando sob a influência de seus graus médio e máximo, o que justifica a constatação da inimputabilidade por parte da infanticida.

De acordo com Luhmann (2016, p. 170), as normas anteveem a eventualidade de ocorrências e comportamentos, que o direito procura abarcar e normatizar. Assim, compete ao Poder Judiciário a soberania e a competência para interpretar as leis e aplicá-las no caso concreto.

A má compreensão desses regulamentos caracteriza o custo social de vinculação temporal. Assim, a partir da decisão incorreta sentenciada pelo magistrado, o qual, baseando-se apenas no artigo 123 do Código Penal, penaliza indevidamente a genitora, viola-se o artigo 26 do Código Penal, que versa sobre o grau máximo, posto que a infanticida, no momento do ato, era inteiramente incapaz de compreender o delito cometido.

1.3 DISCUTINDO O LIMITE TEMPORAL

O elemento para definir o tipo penal infanticida é o fator temporal, ou seja, a agressão deve ser cometida durante ou logo após o parto, sem fixar um período determinado, pois é uma hipótese naturalmente imprecisa. Cuida-se de mais uma razão para se realizar a perícia médica (NUCCI, 2022, p. 551).

A expressão "durante o parto ou logo após" é o elemento normativo do tipo, o qual exige o juízo cognitivo para a sua exata determinação (PRADO, 2021, p. 101). Nesse sentido, a medicina esclarece que o início do parto ocorre do seguinte modo:

> As contrações da dilatação, que geralmente se apresentam em intervalos curtos e rítmicos, ampliam especialmente a boca do útero até sua total extensão; ao mesmo tempo empurram a criança para fora e

> segundo o ponto de vista de muitos médicos, inclusive até a base da pélvis, a duração do período de dilatação é muito maior que a do período de expulsão. (PRADO, 2021, p. 101 apud LUTTGER, 1984, p. 67).

Dessa forma, findo o parto, é possível que a conduta da genitora seja praticada logo após, ainda que a criança não faleça imediatamente. Este termo "logo após o parto" implica na realização sem intervalo da conduta delituosa (PRADO, 2021, p. 100).

Para Nucci (2021, p. 84), essa expressão – logo após – deve ser interpretada com o caráter de imediatidade, ou seja, traz consigo inafastável instinto materno. Enquanto o Código Penal Italiano, especificamente no art. 578, adota a expressão imediatamente após o parto, consolidando o entendimento de uma situação instantânea, ao passo que no Código Penal Chileno, estabelece o período de 48 horas, a teor do art. 394.

Como já demonstrado, embora exista casos em que o estado puerperal não ocasione perturbações emocionai capazes de culminar no assassino do filho, é totalmente possível asseverar que o fenômeno do parto, o qual a genitora transcorre por um longo período com dores, perda de sangue e esforço muscular, produza na parturiente um estado de perturbação da consciência (PRADO, 2021 *apud* SANTOS, 2005; VARGAS, 1990).

Com esse mesmo entendimento, Nucci (2021, p. 85) leciona:

> O correto é presumir o estado puerperal quando o delito é cometido imediatamente após o parto, em que pese poder haver prova em contrário, produzida pela acusação. Trata-se de questão de poucos dias. Após o parto ter se consumado, no entanto, a presunção vai desaparecendo e o correr dos dias (geralmente após uma semana) inverte a situação, obrigando a defesa a demonstrar, pelos meios de prova admitidos (perícia ou testemunhas), que o puerpério, excepcionalmente, naquela mãe persistiu, levando-a a matar o próprio

> filho. E finalmente: é imprescindível detectar se não se trata de uma psicose puerperal, dando margem à aplicação do art. 26, caput, do Código Penal.

Infere-se assim que a conduta da progenitora infanticida deve-se pautar durante o parto ou logo após, necessitando ainda do nexo causal entre a morte da criança dada no lapso temporal e o estado puerperal, cabendo a perícia médica determinar se a conduta criminosa fora impulsionada pelas perturbações físicas e psíquicas decorrentes do parto.

2. RAZÕES BIOPSICOSSOCIAIS DA GENITORA INFANTICIDA

O contexto social é o conjunto de elementos que moldam a vida em sociedade e o desenvolvimento do ser frente as condições vivenciadas. Ao alicerçá-la a gravidez, nota-se que o meio em que a genitora vive e se relaciona, compreende como fundamentos e concepções que influencia no decorrer do processo gestacional.

De acordo com Saraiva (2007), as puérperas em estado depressivo manifestavam conflitos como fatores representantes ou desencadeadores da depressão, provindo de condições sociais precárias.

Em análise a ótica da sociedade, verifica-se que muitas mulheres que cometem o infanticídio são penalizadas de forma injusta e incluídas em um rol taxativo de sanção, sem que haja uma análise das condições sociais, históricas, econômicas e culturais, nas quais a genitora estava inserida.

Consoante depreende-se da temática infanticida, a qualidade de vida da puérpera deve ser analisada sob a ótica ampla, verificando mecanismos materiais, diários, financeiros e psicóticos, em caráter social e cultural, e não ao olhar somente penalizador. Desse modo, ante a ausência de recursos que impossibilite o período de gravidez de uma maneira harmônica, pode implicar na ocorrência de enfermidades

que prejudique o quadro fisiológico da genitora, de modo a iniciar ideias persecutórias contra o seu filho recém-nascido.

A mulher vem cada vez mais desempenhando o papel de protagonista no sistema de mudança social mundial, em virtude de lutas promovidas desde os primórdios. A mulher-mãe, visivelmente reconhecida como detentora de cuidados e exemplo aos seus descendentes, assume a responsabilidade de transmiti-los virtudes e ensinamentos para o desenvolvimento pessoal do ser, aprimorando suas capacidades e a relação com o meio que em convive.

À vista dessa ótica, a poetisa Clarice Lispector (1975) transmite em verso a ideia de ser mulher em um contexto social, a qual afirma que "era o meu sonho ter várias vidas. Numa eu seria só mãe, em outra vida eu só escreveria, em outra eu só amava". Neste trecho, a poeta demonstra a sobrecarga de papéis desempenhados pela mulher, sendo que apenas 24h exercer a função de mãe, mulher, profissional, filha, companheira e cidadã (QUEDNAU, 2007, p.19).

Um ponto a ser verificado com cautela, consiste no fato que a sociedade exige que a mulher seja mãe, mas o mercado não suporta. Quednau (2007, p.26) explana que "a sociedade cobra da mulher pós-moderna por ela exercer tantos papéis. Primeiro cobra para que a mulher exerça estes papéis e depois cobra para que exerça todos eles com ótimo desempenho".

Nota-se que socialmente a mulher sofre empecilhos no mercado de trabalho, sendo, em muitos casos, não aceita em uma empresa por estar grávida ou o desejo em ter um filho. Isso se amolda em um pensamento marginalizador e pautado em ideias não condizentes com a realidade da classe masculina. Ao impor limites a uma mulher e não ao homem, é cristalino um olhar de uma sociedade com resquícios machistas.

Ao examinar de forma detalhada este aspecto, nota-se que muitas mulheres preferem não engravidar por ter medo em não ser aceita em uma determinada instituição de trabalho e não deter condições financeiras suficientes para cuidar de uma criança.

Deste modo, Goldenderg (2000, p. 108) leciona que a mulher ingressou no mercado de trabalho devido "a necessidade econômica; a elevação da expectativa de consumo; as mudanças econômicas e a abertura de novos empregos; o movimento feminista; a queda da fecundidade e a expansão da escolaridade, com o ingresso das mulheres nas universidades".

Nesta mesma linha de pensamento, Grant (2001, p. 02) destaca que "trabalhar, ser uma profissional bem-sucedida é somar responsabilidades, mais do que isto, é, frequentemente, suportar uma certa medida de conflitos e culpa."

Infere-se assim que a mulher ante a sociedade desempenha vários papéis e o meio social requer que sejam desempenhados com excelência. Todavia, a sobrecarga imposta pelo meio em que vive pode gerar objetivos que, em muitos casos, são sociais e não pessoais. Ao vincular toda essa narrativa fática ao crime de infanticídio, o ato da mãe em matar o próprio filho recém-nascido durante ou logo após o parto, parte da origem desse anseio e cobranças socialmente exigido da mulher, a qual, devido a fatores fisiológicos e confusão mental persecutória de medo e exaustão, pode levá-la a cometer este delito.

O processo gestacional é marcado por diversas mudanças fisiológicas, acarretando as genitoras novas percepções a respeito de si. A honra subjetiva em face das transformações corporais muitas vezes interfere diretamente na imagem e percepção corporal da genetriz, causando, em muitos momentos, impacto negativo.

Jorge (2008) leciona que a gravidez é um período de grandes transformações para a mulher, tendo em vista as mudanças no corpo e a alteração de hormônios. Essa fase pode gerar sentimentos de fragilidade, insegurança e ansiedade na genitora, principalmente temores relacionadas as alterações na autoimagem corporal. Correa (2011) pontua ainda que as percepções de mudanças que ocorrem no corpo da gestante podem perdurar-se e ocasionar em processo depressivo antes e posterior ao parto, em razão das mudanças em sua aparência.

O acompanhamento do pré-natal deve ser o mais precoce possível para que, antes de qualquer alteração que possam acarretar uma gravidez de risco e seja possível o tratamento, seja realizado a intervenção médica a fim de garantir a saúde da mãe e do filho (ZUGAIB, 2008).

Infere-se assim que a imagem corporal e a autopercepção são alteradas durante a gravidez, promovendo impactos na qualidade de vida e no bem-estar mãe e filho. Assim, neste período, é necessário o acompanhamento profissional, familiar e social, bem como a realização de atividades que demonstrem à genitora uma visão positiva sobre as alterações corporais, com intuito de melhorar a sua autoestima, aceitação e a imagem.

2.1 DEPRESSÃO ENDÓGENA NO PUERPÉRIO E A AUSÊNCIA DO AMPARO EMOCIONAL NO ESTADO PUERPERAL

A saúde social pautada no convívio familiar e as pessoas próximas revelam a maturidade e o vínculo afetivo. Todavia, muitas puérperas provêm de condições precárias, a qual, em estado depressivo, manifestam conflitos sociais como meios que representam a depressão.

A depressão endógena é caracteriza por um estado de ânimo de tristeza, apatia e desesperança, a qual sucede de fatores internos, ou seja, alterações na bioquímica cerebral.

Nesse sentido, o tratamento da Depressão Pós-Parto é definida mediante a manifestações de quadro depressivo apresentado pela puérpera. O tratamento recomendando é instaurado no acompanhamento psicoterapêutico e profissionais na área da saúde (TOLENTINO EC, et al., 2016).

Além disso, conforme O'Hara MW e Engeldinger J. (2018), estudos evidenciam que mulheres no pós-parto tende a preferir a psicoterapia ao uso de medicamentos. Assim, as modalidades inovadoras no ramo psicoterapêutico consistem na Terapia Cognitivo-Comportamental

(TCC), Ativação Comportamental (AC), Psicoterapia Interpessoal (PIT) e terapia psicodinâmica.

Observa-se que ao alicerçar este entendimento ao teor criminoso infanticida, é cristalino que no momento do ato delitivo, a mulher encontrava-se em momento de sensibilidade e não tinha pleno gozo de sua capacidade mental.

Ora, a máquina judiciária detém como condão atribuir a justiça ao caso, verificando os princípios da proporcionalidade e a razoabilidade da pena ao caso concreto. Não se mostra cabível penalizar a genetriz por um crime que a própria dor de assassinar e perder um filho marcará a sua existência.

O que há de evidenciar a atuação de excelência do operador do direito ante a caso de infanticídio, seria a observância das inovações acerca da temática, defender as garantias fundamentais da paciente e demostrar ao órgão julgador a necessidade de excluir a culpabilidade da puérpera, em razão da inimputabilidade na sua ação e necessidade de ser encaminhada a profissionais da área da saúde para que estes possam auxiliá-la no processo de recuperação e ressocialização com o meio social.

A neurose aguda possui o comportamento traçado pela irritabilidade, depressão, ansiedade ou inquietação, mas de qualquer forma mantem a capacidade plena de compreender o ato ilícito do fato e de autodeterminação.

A Medicina legal já reconheceu como alterações psíquicas que constituem o estado puerperal a atenção a falha, percepção sensória deficiente, memória de fixação e dificuldade para diferenciar o subjetivo do objeto. Este período compreender em discernimento inibido mental, a qual acarreta na incapacidade de avaliação entre o lícito e o ilícito, inadaptação temporária e desorientação afetivo-emocional (BERNARTT, 2005, p. 37).

A ausência do amparo emocional no estado puerperal caracteriza na disforia pós-parto, ocasionando em alterações de humor depressivo. Na depressão pós-parto, as parturientes tendem a

apresentar pensamentos suicidas, e idealizam imagens de sua morte e também da morte de seu bebê.

À vista disso, Lais Masson e Scheila Beatriz Sehnem (2006, p. 1417) lecionam que o pós-parto é um período de efetivas alterações hormonais para a mulher, propício à ocorrência de distúrbios mentais, podendo ser ainda maior a chance de estes virem a ocorrer no caso de problemas psiquiátricos antecedentes.

Infere-se assim que como se trata de saúde pública, a mulher deve ser amparada clinicamente e no meio familiar, de modo a proporcioná-la um trabalho preventivo e afetivo, principalmente em casos de pretensão em engravidar, posto que as políticas públicas devem ser destinadas a saúde física e mental e a assistência da família é o meio para manter o equilíbrio emocional.

A genitora que prova a morte do próprio filho durante ou logo após o parto sem plena consciência do seu ato já tece punição mais severa, logo, não há porque condená-la em cumprir uma pena, ao passo que a própria dor de assassinar o próprio descendente é uma punição, sendo caso de exclusão de culpabilidade.

Nos crimes dessa natureza presume-se que o ser humano sinta a perda do ente querido e até mesmo culpa por causá-la. Assim, não há dúvidas que genitora não tenha sofrido com a morte do seu filho recém-nascido em razão das alterações fisiológicas do seu corpo. Por essa razão, a imposição de cumprimento de pena imposta a genetriz que matou o próprio filho, sob a influência do estado puerperal e, em diversos casos, sem a capacidade de gozo de sua consciência, em um complexo penitenciário, mostra-se desproporcional e injusto.

Importante ressaltar que a psicose puerperal constitui como quadro de delírio grave, em que a paciente pode apresentar momentos de transtornos, acreditando que o bebê ainda não nasceu ou nasceu com algum tipo de deficiente ou problema de saúde. Dessa forma, em decorrência disso, a mulher na psicose puerperal que comete a prática delitiva do artigo 123 do Código Penal, necessita de tratamento e reabilitação do que a punição legal, objetivando evitar outras finalidades decorrentes da gravidade do seu quadro.

3. INOVAÇÕES DEFENSIVAS JURÍDICAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO A SEREM CONSIDERADAS NO VEREDITO JUDICIAL

A legislação brasileira exige para o reconhecimento do infanticídio, que a parturiente exerça o ato matar sob a influência do estado puerperal. Sabe-se que, conforme as palavras de (GRECO, 2022, p. 147 *apud* COSTA JUNIOR, 1991, p. 18), a genitora, abalada pela dor obstétrica e, em diversos casos, sem consciência sobre a realidade, em razão de delírios, sofre um colapso do senso moral, uma liberação de instintos perversos, vendo a matar o próprio filho.

Ao averiguar a instância deste crime, faz-se necessário distinguir as ocorrências do estado puerperal em seus graus máximo, médio e mínimo, os quais podem ser contestados por meio de perícia médica.

O grau máximo caracteriza-se pela inconsciência e por delírios mentais, ao passo que o grau médio é definido pela turvação de consciência e por uma mínima responsabilidade acerca dos fatos cometidos, embora a influência de tal transtorno psíquico sobre a puérpera seja elevada. Por fim, o grau mínimo é conceitualizado também por um transtorno mental que influi sobre os atos da parturiente, sem que esse fato acarrete na ausência da competência dela em diferenciar ações lícitas e ilícitas, isto é, a mulher possui responsabilidade sobre seus atos (ANDERSON, 2012, p. 10-14,17).

Em conformidade com os graus de estado puerperal, Rogério Greco (2022, p. 148) pontua que é possível identificar três níveis estado puerperal, a saber: mínimo, médio, máximo, *in verbis*:

> Se a parturiente, embora em estado puerperal, considerado de grau mínimo, não atuar, por essa razão, influenciada por ele, e vier a causar a morte de seu filho, durante ou logo após o parto, deverá responder pelo delito de homicídio.
> Em sentido diametralmente oposto, se a parturiente, completamente perturbada psicologicamente, dada

> a intensidade do seu estado puerperal, considerado aqui como de nível máximo, provocar a morte de seu filho durante o parto ou logo após, deverá ser tratada como inimputável, afastando-se, outrossim, a sua culpabilidade e, consequentemente, a própria infração penal.

O elemento típico do crime de infanticídio circunscreve a conduta e a intenção do agente, uma vez que, para caracterizar como crime infanticida, necessita-se do *animus necandi*, isto é, da finalidade e do propósito da causa (ANDERSON, 2012, p.10). Desse modo, é cristalino que o estado puerperal resulta no ato praticado com violenta emoção, o que é uma das características do homicídio privilegiado, aplicado no caso de infanticídio no estado puerperal em grau médio. Salienta-se que o grau médio se configura no distúrbio psíquico da mulher durante ou logo após o parto, no qual a atitude da parturiente é involuntária, denominada como conduta atípica (ANDERSON, 2012, p.14).

Nesse sentido, concluindo pelo afastamento da culpabilidade em decorrência ao estado puerperal da parturiente, posiciona-se Greco (2022, p. 148) ante ao estudo idealizado por Frederico Marques (1999, p. 180):

> *Quando a parturiente é uma doente mental e comete o crime sob a influência do estado puerperal, sem qualquer poder de autodeterminação, impunível é o seu ato homicida, por tratar-se de pessoa inimputável.* E o mesmo se dá quando ocorrem psicoses ou doenças mentais causadas pelo puerpério, com completa anulação do poder de autodeterminação, cabendo, então, aplicar-se o que dispõe o art. 26 do Código Penal. (Grifo nosso).

Nesta circunstância, percebe-se o período de estresse e exaustão das mulheres, ocasionado pelo sofrimento físico e psicológico

decorrentes do parto e das mudanças fisiológicas do puerpério. Nesse viés, mediante o desenvolvimento do estado puerperal de grau médio, a puérpera assume o estado de inconsciência e, consequentemente, martiriza-se com distúrbios psicopáticos de comportamento que, de acordo com a doutrina majoritária, poderão durar de 3 a 7 dias (CICHORSKI, 2015, p. 15-16).

A parturiente, sob a influência do estado puerperal em grau médio, após cometer o fato delituoso e retomar a consciência, desestabilizar-se-á de tal modo que a sanção penal se tornar-se-á dispensável. Assim, é dever do magistrado, por meio da analogia *in bonam partem*, não penalizar a agente, convertendo em conduta atípica a atitude e inocentando a genitora pelo delito cometido, visto que foi praticado quando esta não tinha plena consciência dos seus atos (ANDERSON, 2012, p.15).

Sob a ótica doutrinária, verifica-se diante de uma situação intermediária, isto é, o estado puerperal na instância do grau médio, a parturiente vem a dar causa à morte de seu filho durante o parto ou logo após, o que tipifica a efetivamente o delito de infanticídio previsto no art. 123 do Código Penal (GRECO, 2022, p. 148). Nesse interim, a Exposição de Motivos da parte especial do Código Penal, em seu item 40, prevê que:

> 40. O infanticídio é considerado um delictum exceptum quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de autoinibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra honoris causa [...], a pena aplicável é a de homicídio.

Dessa forma, a progenitora deverá ser beneficiada com a exclusão de punibilidade, uma vez que não houve dolo. À vista disso, como a infanticida era inteiramente incapaz no momento do ato delituoso, conclui-se que a prática não foi intencional. Portanto, faz-se necessária a investigação do estado mental e físico, mediante perícia médica (ARGACHOFF, 2011, p. 18).

Nesse sentido, influenciadores desta tese defensiva, Greco (2022, p.148) leciona que:

> Embora não seja pacífico o tema, a maioria de nossos doutrinadores admite tal possibilidade, a exemplo de Hungria, que diz que "não há incompatibilidade alguma entre o reconhecimento da *influência do estado puerperal* e, a seguir, o da *irresponsabilidade ou da responsabilidade diminuída,* segundo a regra Geral;" ou, ainda, Luiz Regis Prado afirmando ser possível "o reconhecimento da influência do estado puerperal e também da inimputabilidade (art. 26, *caput*) ou da semi-imputabilidade da parturiente (art. 26, parágrafo único), conforme o caso."

À vista disso, nota-se que, estando a parturiente em estado de inteira incapacidade de compreender o ato delituoso exercido, tampouco se determinar conforme com esse entendimento, será considerada inimputável, a teor do artigo 26 do Código Penal, afastando, assim, sua culpabilidade e a infração penal, tendo em vista que a culpabilidade é um requisito que compõe a característica analítica de crime.

Como tese alternativa, em sentido mais liberal e defensivo, indica-se a possibilidade do instituto do perdão judicial previsto no artigo 121, §5º do Código Penal (BRASIL, 1940). Este instituto do direito penal ocorre através do qual é dado ao juiz o poder de renunciar a pretensão punitiva estatal, deixando de aplicar a pena a autora, ocasionando na extinção de sua punibilidade. Assim, amolda-se ao caso em tela, uma vez que este instituto será aplicado quando as

consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torna desnecessária, a teor do artigo 107, IX, do Código Penal (ANDERSON, 2012, p.15-16).

> Extinção da punibilidade
> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
> IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Em alicerce a norma penal acima, o enunciado 18 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça prevê que:

> Perdão Judicial - Efeitos da Condenação
> A sentença concessiva do perdão judicial é **declaratória da extinção da punibilidade**, não subsistindo qualquer efeito condenatório. (Grifo nosso).

Oportuno torna-se a dizer que o Código Penal adquire o princípio *non bis in idem*, o qual determina que jamais alguém poderá ser punido duas vezes na mesma sentença, pelo mesmo fato (SILVA, 2009, p. 48).

Essa modalidade defensiva pode ser aplicada quando delito infanticida se consumar em virtude do estado puerperal em grau médio, visto que, embora o Estado reconheça a prática do crime, não aplica a pena, pois, de acordo com Tourinho Filho (1995, p. 132), a extinção da punibilidade corresponde à exata significação dos efeitos jurídicos dela resultantes.

Dessa forma, Anderson (2012, p.17) leciona:

> Assim sendo, aplicar-se-á o perdão sempre que restar comprovado nos autos que, tendo a parturiente cometido o crime e no momento da ação não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, veio, após recobrar a perfeita

> consciência, se abalar de tal forma que a sanção penal acaba por se tornar desnecessária. Será que esta mãe, causadora da morte de seu próprio filho, em momento que não era considera perfeitamente sã, após voltar à realidade, necessita de mais alguma sanção, ou o fato de saber que terá de conviver com a eterna culpa e remorso já não é o suficiente?

Depreende-se assim que este princípio se encontra diretamente ligado à limitação do poder punitivo do Estado, bem como à valorização e ao resguardo de garantias fundamentais do ser humano. Portanto, não há que se aplicar mais uma sanção à gestante, dado que a dor e o remorso de ter matado o próprio filho já serão a penalização, e, se o juiz aplicar a condenação penal, estará indo contra este princípio.

3.1. RELEVÂNCIA DA PERÍCIA E LAUDO MÉDICO PARA CONSTATAÇÃO DO ESTADO PUERPERAL

O Estado mantém-se alicerçado à formação de identidades coletivas e ao dispositivo de integração social (CHEVALLIER, 2009, p. 61-62). Sendo assim, o ordenamento jurídico pátrio é o meio pelo qual o Estado utiliza-se para orientar as relações humanas, estabelecendo regras de maneira democrática, preservando os direitos dos indivíduos e marcando referenciais histórico-culturais para que os cidadãos se situem contextualmente. Além disso, o Estado possibilita ao meio social a soma dos costumes e da axiologia, ou seja, dos valores sociais. Esse fator se trata do princípio que rege e evidencia a relação entre a sociedade e suas normas. Assim, Hart (1961, p. 18) destaca que "as leis são fontes de direito, não parte do próprio direito".

Nesse contexto, ao falar sobre condutas e litígios, o direito traz à tona o escopo da sociedade. Assim, a má execução do direito pode acarretar ameaças para a sociedade, tendo como exemplo, a sentença leviana de um fato mal examinado pelo Poder Judiciário e a utilização

dessa decisão errônea para resolver os fatos semelhantes (LUHMANN, 2016, p. 199).

A comprovação da conduta infanticida far-se-á mediante perícia médica, a fim de comprovar que, no momento em que a genitora atentou contra a vida de seu filho, ela estava sob influência do estado puerperal. Após ratificado que a mulher estava sofrendo o transtorno psicológico em questão, o juiz, a partir das normas e princípios que regem o cargo da magistratura, julga o caso e condena a ré (DALSASSO, 2008, p.61).

Nesse liame principiológico, a jurisprudência esclarece que:

> [...] portanto, o encontro de um recém-nascido num depósito de lixo, aliado ao fato incontroverso de que foi a ré que o colocou no saco de lixo logo após o parto, tendo ela ocultado a gravidez de todos os familiares, sofrendo de depressão como atestou o laudo de avaliação psiquiátrica (fls. 232/233), são indícios suficientes de materialidade e autoria do crime de infanticídio (TJSP, RESE 0008452-54.2008.8.26.0281, 2.ª C., rel. Antônio Luiz Pires Neto, 24.03.2014, v.u.).

Acerca do julgado, Nucci (2021, p.88) comenta:

> Não há como afastar o estado puerperal, sendo desnecessária a perícia, quando a mãe atira seu filho recém-nascido em um lugar inóspito, além de sofrer de depressão e ter ocultado o tempo todo a sua gravidez. São os típicos sintomas do estado puerperal dramático, ou seja, aquele que leva a genitora a matar seu filho recém-nascido. As dores físicas do parto, associadas ao abandono familiar, levam a gestante ao desespero, típico do denominado estado puerperal.

Como já demonstrado nessa pesquisa, o estado puerperal constitui uma situação *sui generis*, uma vez que não se trata de uma

alienação, tampouco semi-alienação, mas, sim, em um estado transitório, incompleto, caracterizado por defeituosa atenção, deficiente sensopercepção e que confunde o objetivo como o subjetivo (SERAFIM, 2019, p. 144 apud MARANHÃO, 1995).

Nesse sentido, Serafim (2019, p.144) estabelece como elemento primordial para a caracterização do infanticídio a análise pericial, visto que este é o meio adequado para verificar se no ato infanticida a mulher estava sob a influência do estado puerperal, assim como se havia consciência da atitude empregada, *in verbis*:

> Dada a complexidade da temática em apreço, *a aplicação da perícia médica e psicológica se apresenta como imprescindível nesse contexto, uma vez que, caso não se consiga alegar por laudos médicos e psicológicos que a mãe passava por um estado depressivo ou de alteração da consciência com repercussão na sua capacidade de entendimento e de autoderminação, ficará sujeita ao CP indo ao Tribunal do Júri de acordo com o art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP), configurando-se, assim, em um crime doloso contra a vida*. (Grifo nosso).

Como ficou demonstrado de forma a não deixar dúvidas, a perícia, o acompanhamento psicológico e psiquiátrico é essencial no processo de identificação de um caso de infanticídio, nível de consciência materna e o processo de ressocialização ao meio social após o cometimento do ato ilícito.

Destarte, é necessário que o magistrado conceda a perícia médica para a genitora, a fim de averiguar e constatar que a puérpera não obtinha domínio de sua consciência, e, por conta disso, teve sua capacidade de entendimento reduzida.

3.2. PUNIBILIDADE DO CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

O infanticídio é considerado como crime próprio, ou seja, necessita-se de um elementar especial para configurar o ato incriminador, qual seja, a mãe, sob a influência do estado puerperal. Todavia, essa particularidade não exclui o concurso de pessoas, os quais podem ser punidos pela mesma pena prevista no artigo 123 do Código Penal.

À vista do narrado supracitado, Greco (2022, p. 157) ensina que:

> O fato deverá ser desdobrado em várias situações para que melhor se possa compreendê-lo. Entretanto, em nosso raciocínio, partiremos do pressuposto de que o terceiro que, em companhia da parturiente, de alguma forma, concorre para a morte do recém-nascido ou do nascente, *é conhecedor de que aquela atua influenciada pelo estado puerperal*, pois, caso contrário, perderia sentido a discussão, haja vista que se tal fato não fosse do conhecimento do terceiro, que de alguma forma concorreu para o resultado morte, teria ele que responder, sempre, pelo homicídio. Assim, vejamos as hipóteses possíveis:
> a) a parturiente e o terceiro executam a conduta núcleo do tipo do art. 123 Código Penal, ou seja, ambos praticam comportamentos no sentido de causar a morte do recém-nascido;
> b) somente a parturiente executa a conduta de matar o próprio filho, com a participação do terceiro;
> c) somente o terceiro executa a conduta de matar o filho da parturiente, contando com o auxílio desta.

Por esta razão, o ato atentatório "*infanticidium*" é considerado como crime próprio, tendo em vista que é necessário a condição especial – mãe, sob a influência do estado puerperal - para caracterizar a transgressão violadora normativa, o que não exclui a participação de

terceiros, os quais podem ser punidos, em virtude da exceção prevista no artigo 30 do Código Penal, o qual versa sobre a comunicabilidade de sanção, desde que seja elementar do crime, sendo, neste caso, ambos penalizados pelo delito infanticida (BARROS; CASTELLANA, 2020).

Em regra, as condições de caráter pessoal do crime de infanticídio não se comunicam com o coparticipante, exceto nos casos que configurarem como elementos do tipo, a teor dos artigos 29 e 30, ambos do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 29. *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*. (Grifo nosso).
> Art. 30. *Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*. (Grifo nosso)

Observa-se a importância de concluir pela existência da elementar do crime e as circunstâncias fáticas do ambiente em que é cometido a prática infanticida. Deste modo, a influência do estado puerperal não pode ser uma mera circunstâncias, mas, sim, elementar do crime de infanticídio. Assim, tendo o terceiro conhecimento de alguma forma as alterações fisiológicas sofridas pela genitora e concorre para o crime, deve-se comunicar a penalidade, a teor do artigo 30 do Código Penal (GRECO, 2022, p. 158).

Em conformidade com o entendimento do concurso de pessoas no crime de infanticídio, a doutrina leciona que

> Não há dúvida alguma de que o *estado puerperal é circunstância* (isto é, estado, condição, particularidade etc.) *pessoal* e que, sendo elementar do delito, comunica-se, *ex vi* do art. 30, aos copartícipes. Só mediante texto expresso tal regra poderia ser derrogada.
> A não comunicação ao corréu só seria compreensível se o infanticídio fosse mero caso de atenuação do

> homicídio e não um tipo inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei. (GRECO, 2022, p. 158 *apud* NORONHA, 2004, p. 47).

Nesse viés, apesar do estado puerperal ser de caráter personalíssimo, ou seja, o direito intransmissível, configura-se como elementar do crime. Dessa maneira, a pena comunica-se ao coator, uma vez que, tendo conhecimento de que a parturiente estava sofrendo distúrbios mentais, prestou auxílio para que esta cometesse o ato ilícito. Portanto, "aquele que emprestar sua cooperação à prática do infanticídio é infanticida, e não homicida" (NUCCI, 2021, p. 87).

Em suma, o terceiro que desperta à vontade na parturiente, a qual estar sofrendo abalos e transtornos fisiológicos, bem como com a consciência diminuída sobre a realidade, dirige com a finalidade de sua conduta a fim de causar, durante ou logo após o parto, a morte do recém-nascido ou nascente, deverá ser responsabilizado pelo crime de infanticídio, a teor do artigo 30 do Código Penal.

3.3. RESPONSABILIDADE PENAL

No delito infanticida, o sujeito ativo é a mãe e o sujeito passivo, seu descendente. À vista disso, a legislação brasileira instaurou atenuantes ao crime de infanticídio, quando instaurar no grau médio, posto que a autora, no momento do delito, é influenciada fortemente pelo estado puerperal. Desse modo, Kelsen (1998, p. 28) em sua doutrina, declara que "o direito é a norma primária que estipula a sanção". Assim, o conteúdo das normas vigentes visa assegurar as garantias dos indivíduos, concedendo a penalização para práticas ilícitas e o equilíbrio da pena com a conduta. A função do direito é limitar os comportamentos dos indivíduos e adquirir o escopo de habilitar uma atitude que, sem o direito, não se consumaria (LUHMANN, 2016, p. 180-181).

O elemento subjetivo do crime de infanticídio configura-se sob a ótica de culpabilidade, posto que se fundamenta no elo entre conduta

e penalização (ARGACHOFF, 2011, p. 70). Dessa forma, a doutrina majoritária compreende que, no delito infanticida, especificamente em seu grau mínimo, no qual a genitora possui capacidade mental para compreender os fatos, há o dolo, à medida que a mãe detém o desejo de atentar contra o seu descendente, ou eventual, em que a parturiente assume o risco de aniquilar o filho (ANDERSON, 2012, p.17-18).

De acordo com Anderson (2012, p. 8), o infanticídio é capaz de ser realizado de maneira comissiva, em que a autora detém a intenção de exterminar a vida da vítima, ou de modo omissivo, ao desistir do ato a que estava compelido em razão da qualidade de agente qualificadora no recém-nascido, com base no art. 13, § 2°, CP.

A ação penal pública é incondicionada, isto é, compete ao Ministério Público atribuir a denúncia. Além disso, incumbe ao Tribunal do Júri a qualificação para o julgamento do crime de infanticídio, por se tratar de crime contra a vida (CAPEZ, 2020, p. 183).

A execução do crime de infanticídio, caracterizado como crime material, consuma-se com a morte do infante, sendo necessário o exame pericial a fim de analisar se a criança, no momento do nascimento, estava com vida ou não, sob penalidade de se definir como crime impossível em virtude da absoluta improbidade do objeto, a teor do art. 17, CP (JESUS, 2020, p. 138).

O infanticídio de modo tentado amolda-se na conduta do agente em obter o resultado doloso, que, sob a influência e regência do estado puerperal em seu grau mínimo, detém a intenção de aniquilar a vida tanto em sua forma intrauterina como extrauterina. Assim, o delito não se consuma por situações alheias ou impedimento de terceiros (CAPEZ, 2020, p. 181).

Cabe salientar que neste crime, previsto no art. 123 do Código Penal, não há a previsão legislativa da modalidade culposa. Contudo, será cabível atribuir a forma culposa nos seguintes casos: em primeira instância, defende-se que, ocorrendo a consumação do crime, por descuidos médicos em não fornecer assistência e amparo apropriado à parturiente que está sofrendo perturbações psíquicas, o fato será

penalizado de modo atípico, ou seja, a puérpera não responde nem por infanticídio e nem por homicídio. Ora, não há compatibilidade em requerer da mãe que está psicologicamente fora das suas sanidades mentais que tenha condutas cauteladas, uma vez que a parturiente, no auge do estado puerperal, é considerada plenamente incapaz (JESUS, 2020, p. 136).

Na obra "o conceito de direito" de Hart (1961, p. 94), o autor declara que o modelo a ser exercido para compreender as normas está na forma de interpretação desses dispositivos, posto que serão inseridos de acordo com o caso em particular. Assim, não será possível a condenação da parturiente, pois o ato infanticida ocorreu em virtude da inobservância do dever objetivo dos profissionais da área de saúde em não proporcionar os devidos cuidados à genitora que estava sob a influência do estado puerperal.

Sob essa ótica, compreende-se que é possível a modalidade culposa no infanticídio, posto que:

> O elemento da culpa é a quebra do dever objetivo de cuidado e a previsibilidade objetiva. A capacidade pessoal de previsão do agente, afetada pelo estado puerperal, pertence ao terreno da culpabilidade e não do fato típico. Por essa razão, sendo o fato objetivamente previsível e a conduta qualificada como imprudente, negligente ou imperita, quando comparada ao comportamento de uma pessoa normal, estará presente a culpa. As deficiências de ordem pessoal da gestante devem ser vistas posteriormente, na culpabilidade. Pode responder por homicídio culposo, portanto (CAPEZ, 2020, p. 180).

Destarte, não há na lei a modalidade culposa e tentada no tocante ao infanticídio, sendo, pois, meramente o entendimento doutrinário. Portanto, a averiguação do magistrado, ao sentenciar o entendimento, dar-se-á sob a averiguação do comportamento e da finalidade que a

ré obteria com a determinada conduta, posto que na violação infante, prevista no art. 123, CP, apenas é admitido o dolo da ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em tela atentou-se a indagar e instigar o pensamento jurídico do leitor acerca do crime de infanticídio, por meio de elementos jurídicos e a importância do Estado na criação de políticas públicas de modo a auxiliar a genitora no processo gestacional. A problemática examinada neste texto acadêmico compreende no questionamento no tocante a competência do Poder Judiciário em condenar e punir a genitora infanticida, sem analisar de modo detalhado suas condições biopsicossociais, ou se haveria outros meios jurídicos que poderiam ser utilizados e averiguados pelo órgão decisório ante ao caso concreto.

Sob esta ótica, a finalidade geral deste texto amolda-se na visão contextual vivenciada pela mulher-mãe e o papel dos magistrados em caráter decisional frente ao crime de infanticídio, cuja conclusão sucedeu que muitos magistrados atuaram de maneira errônea ao sentenciar este delito em razão da ausência de perícia médica, diferente de outros juízos, os quais analisaram a situação contextual como um todo e concederam o veredito conforme as inovações jurídicas.

A legislação penalista que rege as normas e penas atuais provém de 1940 sendo dissonante com a realidade, ponto este atacado principalmente pela doutrina. O olhar doutrinário expressa a visão de verificar o crime de infanticídio não somente de forma penalizadora, mas, sim, humanizada, investigando as condições biopsicossociais que corroboraram na prática infanticida.

Ao adentrar em trabalho de parto, muitas mulheres podem sofrer confusões corporais, em razão condições biológicas, psicológica e sociais durante ou logo após o parto. Deste modo, tais fatores influenciam na caracterização da referida infração criminosa em assassinar o próprio descendente recém-nascido, devendo ser realizado o exame pericial a fim de verificar se no momento

da consumação do crime, a autora possuía plena consciência de suas condutas, necessitando da participação da área da saúde para averiguar todas as variáveis emocionais, históricas, econômicas, sociais e culturais que podem ter influenciado no ato criminal.

O quadro psicótico da genitora no puerpério torna-se um fator de perigo tanto para a ascendente quanto para o recém-nascido, posto que esta pode apresentar transtornos fisiológicos e comportamento desorganizado singulares do estado puerperal. Dessa forma, caso o delito tenha ocorrido em grau máximo, isto é, caso a cidadã encontre-se inteiramente incapaz de entender os atos praticados, devido à gravidade do distúrbio por ela sofrido, a decisão correta do magistrado será a inimputabilidade, ou seja, a não penalização e criminalização da conduta, a teor do artigo 26 do Código Penal e com base na compreensão do doutrinador Greco (2022, p 228).

Sob outro aspecto, a mulher, se inserida dentro do rol de qualificações do grau médio, ou seja, se estiver sofrendo perturbações físicas e psicológicas, embora apresente uma mínima consciência de si, ao se recuperar, comover-se-á de tal forma que a penalização não se tornará viável, uma vez que a dor de perder o filho será perpetua. Assim, o juízo poderá denominar este ato como perdão judicial.

Por fim, o grau mínimo é definido também como distúrbio mental, mas que não retira a capacidade para distinguir práticas permitidas ou proibidas por lei. Dessa maneira, o crime é classificado como homicídio privilegiado, posto que o máximo da pena do crime de infanticídio é o mínimo da pena do crime de homicídio. Sob outro parâmetro, tendo sido comprovado na perícia que, durante o ato infracional, a puérpera tinha plena consciência de seus atos e que agiu por liberdade, esta será condenada por violação homicida.

Em suma, não há dúvidas de que o delito infanticida deve ser analisado sob diversos parâmetros e caso após caso, devido às diversas alterações e nuances do estado puerperal. Dessa forma, são notórias as mudanças nas características deste crime ao decorrer da evolução da sociedade e, principalmente, a atuação do Estado na ocorrência de homicídio do nascente ou neonato até a Contemporaneidade,

em virtude das alterações do Código Penal. Nesse viés, o poder governamental detém a competência para declarar a penalização ou a inimputabilidade desta infração.

Nesse ínterim, a base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora, o julgamento é a aplicação da justiça. Sendo assim, a função social assume o trono no alicerce entre Estado e Direito, posto que as normas anteveem incidentes futuros que o ordenamento jurídico abarca normatizar. Desse modo, o Estado possui a soberania para interpretar as diretrizes judiciais e executá-las no caso concreto. Portanto, o escopo da população é o modelo dos interesses particulares e coletivos dos indivíduos, averiguando condutas e a intenção de cada cidadão.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, A. B. F. **O crime de infanticídio frente às novas teses defensivas.** Artigo Científico (Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

ARGACHOFF, M. **Infanticídio**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BARBOSA, Emerson. **O que é psicose, tipos, causas, sintomas, tratamento, tem cura?** 2018. Disponível em: https://minutosaudavel.com.br/psicose/. Acesso em: 10 abril. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial - crimes contra a pessoa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROS DM. **INFANTICÍDIO: ASPECTOS MÉDICOS E FORENSES**. In: Vasconcelos AAJ, Teng CT. Psiquiatria perinatal: diagnóstico e tratamento. São Paulo: Atheneu; 2010.

BERNARTT, L. O. **O Infanticídio e o Estado Puerperal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CHEVALLIER, J. **O Estado Pós-Moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CICHORSKI, A. C. **Infanticídio no direito penal**: a culpabilidade e o grau de influência do estado puerperal. Artigo Científico (Curso de Especialização em Direito). – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2015

CORREIA, V. R.; BARROS, S.; COLVERO, L. **A. Saúde mental na atenção básica: prática da equipe de saúde da família.** Revista da Escola de Enfermagem da USP, São Paulo, v. 45, n. 6, p. 1501-1506, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1991. vol. 1, 2 e 3. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal objetivo.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Nexo causal. São Paulo: Malheiros, 1996.

DALSASSO, K. F. **O Estado Puerperal no Infanticídio Pode Caracterizar a Inimputabilidade?** Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Tijucas, 2008.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **CURSO DE DIREITO PENAL,** v. 2: parte especial / Victor Eduardo Rios Gonçalves. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GOLDENBERG, M. (2000): **Os novos desejos: das academias de musculação às agências de encontros.** Rio de Janeiro: editora Record.

GRANT, Walkiria Helena. **A maternidade, o trabalho e a mulher.** LEPSI IP/FE-USP, 2001. Disponível em: http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000032001000300008&lng=en&nrm=abn. Acesso em: 10 abril. 2024.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado** / Rogério Greco. – 15. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: volume 2: parte especial: artigos 121 a 212 do código penal / Rogério Greco. – 19. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

HART, H.L.A. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste, 1961.

JESUS, D. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JORGE, Maria. Conflitos vivenciados pelas adolescentes com a descoberta da gravidez. **Conflitos vivenciados pelas adolescentes com a descoberta da gravidez**, [s. l.], 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/j/reeusp/a/gcHQXmkrgnCP553QRjtqKKn/?lang=p. Acesso em: 10 abril. 2024.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LISPECTOR, Clarice. **De Corpo Inteiro**. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975.

LUHMANN, N. **O Direito e a Sociedade.** São Paulo: Martins Editora, 2016.

LUTTGER, Hans. **Medicina y Derecho Penal**. Madri, Instit. de Criminologia de Madri, 1984.

MACHADO DE ASSIS, J. M. **Elogio da Vaidade.** São Paulo: SESI-SP, 1878.

MARANHÃO OR. **Curso básico de medicina legal.** 8. ed. São Paulo: Malheiros; 1995.

MARQUES, José Frederico. **TRATADO DE DIREITO PENAL.** São Paulo: Millenium, 1999. v. III e IV.

MARTINS DE BARROS, Daniel; BONINI CASTELLANA, Gustavo. **Psiquiatria forense: interfaces jurídicas, éticas e clínicas**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2020.

MASSON, Lais, SEHNEM, Sheila Beatriz. **O Infanticídio Decorrente da Psicose Pós-Parto.** Disponível em: https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/o-infanticidio-decorrente-da- psicose--pos-parto. Acesso em: 10 de abril de 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 87.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal: parte geral.** 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1 e 2.

NUCCI, G. S. **Curso de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral:** arts. 121 a 212 do código penal / Guilherme de Souza Nucci. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

O'HARA MW; ENGELDINGER J. **Treatment of Postpartum Depression: Recommendations for the Clinician. Clinical Obstetrics and Gynecology**, 2018; 0(0): 1-11.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. CID-10 vol. 1: **Classificação Estatística Internacional de doenças e problemas relacionados à saúde**: 10. ed. rev. São Paulo: Edusp; 2017.

PRADO, Luiz Regis. **TRATADO DE DIREITO PENAL BRASILEIRO: PARTE ESPECIAL** arts. 121 a 249, vol. 2 / Luiz Regis Prado. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

QUEDNAU, FERNANDA SUTOFF. **O CONFLITO ENTRE A MATERNIDADE E O TRABALHO NA MULHER PÓS-MODERNA.** 2007. Trabalho de Conclusão de Curso (Superior) - Centro de Ensino Unificado de Brasília, [S. l.], 2007.

REISHOFFER JC, BICALHO PPG. **EXAME CRIMINOLÓGICO E PSICOLOGIA: CRISE E MANUTENÇÃO DA DISCIPLINA CARCERÁRIA. FRACTAL**. 2017;29(1): 34-44.

ROSA ELIAS, DANIELLE. **LIMITES TEMPORAIS DO ESTADO PUERPERAL NOS CRIMES DE INFANTICÍDIO: (IN) APLICABILIDADE DE EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. 2019**. Trabalho de Conclusão de Curso (Superior) - Universidade do Sul de Santa Catarina, [S. l.], 2019. Disponível em: file:///C:/Users/omega/Downloads/MONOGRAFIA%20DANIELLE%20RIUNI.pdf. Acesso em: 10 abril. 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

SERAFIM, Antonio de Pádua; SAFFI, Fabiana. **Psicologia e práticas forenses**. 2 BARUERI: Manole, 2019.

SILVA, P. R. A. **Inconstitucionalidade do art. 40, inciso VII, da lei de drogas por inobservância ao *ne bis in idem* e violação à proibição de excesso.** Brasília: BDJur, 2009.

TOLENTINO EC, et al. **Depressão pós-parto: conhecimento sobre sinais e sintomas em puérperas.** Rev. Ciênc. Saúde Nova Esperança – Abr. 2016; 14(1): 59-66.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

TJDFT, Processo 20131310028556RSE, Rel. Des. Silvanio Barbosa dos Santos, DJe 06/10/2015.

TJRS, Recurso em Sentido Estrito 70014057491, 3ª Câm. Crim., Rel.ª Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 09/03/2006.

TJMG – Recurso em Sentido Estrito: 10024030121107001 MG, Relator: Fortuna Grion, data do julgamento: 26/03/2019, data da publicação: 05/04/2019).

TJMG, Processo 2.0000.00.432144-2/000 [1], Rel. Alexandre Victor, pub. 29/05/2004.

TJ-MG, RSE 0002195-12.2015.8.13.0028, Rel. Des. Correa Camargo, DJe 22/01/2016.

TJSP-APL: 9000004082007826062 5SP9000004-08.2007.8.26.0625, Relator: Machado de Andrade, Data de Julgamento: 13/06/2013, 6ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 17/06/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS (TJDFT). **Depressão social - O que o aumento de casos tem a dizer (e alertar) sobre nossa época?** [S. l.], 2018. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/informacoes/programas-projetos-e-acoes/pro-vida/dicas-de-saude/pilulas-de-saude/depressao-social-o-que-o-aumento-de-casos-tem-a-dizer-e-alertar-sobre-nossa-epoca#:~:text=Artmed%2C%202017).,do%20pr%C3%B3prio%20dia%20a%20dia.%20Acesso%20em:%2027%20de%20outubro%20de%202022. Acesso em: 10 abril. 2024.

VARGAS, Heber Soares. **Manual de psiquiatria forense.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

ZUGAIB, M. **Obstetrícia**. Barueri: Manole, 2008.

PERMANÊNCIA, MUDANÇA E LONGEVIDADE CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL STABILITY, CHANGING AND ENDURANCE

Paulo José Leonesi Maluf[137]

RESUMO

Um rápido levantamento das alterações por que passaram a Constituição de 1824 e a Constituição de 1934, respectivamente a mais longeva e a mais efêmera em nossa história constitucional, propicia uma breve reflexão sobre os fatores determinantes para a permanência, a mudança e a longevidade constitucional. Esses fatores podem ser relativos à gênese e à estrutura da constituição, ou podem ser relativos ao ambiente em torno da constituição. Nenhuma constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixará de sofrer modificações. Mais relevante que a mera longevidade de uma determinada constituição é a estabilidade da ordem constitucional. Esta, porém, não significa imutabilidade. Ao contrário, a estabilidade de uma constituição pressupõe a sua capacidade de ininterruptamente adaptar-se às novas situações advindas das modificações na sociedade.

Palavras-Chave: Permanência, mudança e longevidade constitucional. Alteração constitucional. Fatores de gênese e de estrutura. Fatores do ambiente circundante.

ABSTRACT

A quick survey of the amendments undergone by the Constitution of 1824 and by the Constitution of 1934, respectively the most enduring and the most ephemeral in our constitutional history, allows for a brief reflection on the determinants for constitutional stability, changing and endurance. These factors may be related to the

137 **Paulo José Leonesi Maluf** é Pós-Doutorando em Direito Constitucional, Doutor e Mestre em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). É Professor do Unieuro-Brasília e do Ibmec-Brasília, e Procurador da Fazenda Nacional. *E-mail*: paulojlm@yahoo.com.br.

genesis and structure of the constitution, or they may be related to the environment surrounding the constitution. No constitution that is in force for a longer or shorter period will fail to undergo modifications. More relevant than mere constitutional longevity is the stability of the constitutional order. However, this does not mean immutability. On the contrary, the stability of a constitution presupposes its capacity to continuously adapt to new situations arising from changes in society.

Key Words: Constitutional stability, changing and endurance. Constitutional change. Design factors. Environment factors.

1. INTRODUÇÃO

Neste ano de 2024, completam-se dois exatos centenários da outorga da primeira Constituição brasileira, a de 1824, assim como 90 anos da promulgação da Constituição de 1934, respectivamente a mais longeva e a mais efêmera em nossa história constitucional.

A efeméride e a relevante diferença de duração entre elas propiciam uma breve reflexão sobre a relação entre permanência, mudança e longevidade constitucional.

1.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824

A "*Constituição Politica do Imperio do Brazil*", outorgada pelo Imperador Dom Pedro I em 25 de março de 1824, foi, entre todas as Constituições brasileiras, a que mais tempo durou, tendo sido formalmente modificada apenas duas vezes.

A Constituição do Império vigorou por 65 anos e sofreu uma única emenda, levada a efeito pelo Ato Adicional de 1834 (Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834), o qual foi posteriormente interpretado pela Lei n. 105, de 12 de maio de 1840.

Essa interpretação dada pela Lei de 1840 ao Ato Adicional de 1834 levou Luís Pinto Ferreira a considerar que a Constituição do Império passou, rigorosamente, por duas modificações.[138]

A primeira delas, por força do referido Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, suprimiu o Conselho de Estado e substituiu a Regência Trina permanente por uma Regência Una provisória. Com isso, deu-se maior expansão a uma tendência que se pode dizer federalista, ou ao menos descentralizadora, ampliando os poderes dos Conselhos-Gerais das províncias e transformando-os em Assembleias Legislativas.

A segunda modificação foi efetivada com a Lei da Interpretação do Ato Adicional, de 12 de maio de 1840, de inspiração mais conservadora, quando se restabeleceu o Conselho de Estado e se reduziu um pouco a competência das Assembleias Legislativas das províncias.

Sob considerável influência da Constituição Francesa de 1814, a Constituição do Império foi marcada por forte centralismo administrativo e político, adotando-se a forma unitária de Estado e a forma monárquica de governo, com o protagonismo do Imperador sendo realçado pela institucionalização, em sede constitucional, do Poder Moderador.

1.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, "fruto das revoluções de 1930 e de 1932, nasceu destinada a ter vida efêmera"[139].

No curto período de três anos de sua vigência, o menor da história constitucional brasileira, em apenas uma ocasião a Constituição foi formalmente modificada.

138 PINTO FERREIRA, Luís. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 50.

139 PINTO, Almir Pazzianoto. "A Crise Constitucional". In: RODRIGUES DO AMARAL, Antonio Carlos; ROSAS, Roberto; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005, p. 73-83.

Com efeito, por meio do Decreto Legislativo n. 6, de 18 de dezembro de 1935, foram publicadas três emendas à Constituição de 1934.[140]

Cumpre anotar que apenas a primeira destas emendas versou sobre assunto tipicamente material, ao permitir ao Presidente da República declarar estado de severa comoção interna, equiparado ao estado de guerra, com a suspensão de garantias constitucionais dos indivíduos.

O texto constitucional brasileiro de 1934 foi influenciado, sobretudo, pela Constituição alemã de 1919, que ficou conhecida como a Constituição de Weimar, célebre por ter previsto alguns dos chamados direitos humanos de segunda geração ou dimensão, buscando instalar a perspectiva de um Estado Social de Direito.

Tratava-se de uma constituição rígida, quanto à sua alterabilidade, em que estavam previstas a forma federativa de Estado, a forma republicana e o sistema presidencialista de governo.

140 Eis o conteúdo integral do texto daquele instrumento normativo:
"Nós, Presidentes e Secretarios da Camara dos Deputados e Senado Federal promulgamos e mandamos publicar, na forma do § 3º do art. 178 da Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil, as emendas ns. 1, 2 e 3 a essa Constituição:
EMENDA n. 1 "A Camara dos Deputados, com a collaboração do Senado Federal, poderá autorizar o Presidente da Republica a declarar a commoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições politicas e sociaes, equiparada ao estado de guerra, em qualquer parto do territorio nacional, observando-se o disposto no artigo 175, n. 1, §§ 7º, 12 e 13, e devendo o decreto de declaração de equiparação indicar as garantias constitucionaes que não ficarão suspensas."
EMENDA n. 2 "Perderá patente e posto, por decreto do Poder Executivo, sem prejuizo de outras penalidades e resalvados os effeitos da decisão judicial, que no caso couber, o official da activa, da reserva ou reformado, que praticar acto ou participar de movimento subversivo das instituições politicas e sociaes."
EMENDA n. 3 "O funccionario civil, activo ou inactivo, que praticar acto ou participar de movimento subversivo das instituições politicas e sociaes, será demittido, por decreto de Poder Executivo, sem prejuizo de outras penalidades e resalvados os effeitos da decisão judicial que no caso couber."

2. PERMANÊNCIA E MUDANÇA CONSTITUCIONAL: ENTRE ESTABILIDADE E LONGEVIDADE

A significativa diferença entre o período de vigência entre elas – 65 anos para a Constituição Imperial e 3 anos para a Constituição de 1934 – possibilita uma análise dos fatores condicionantes da relação existente entre permanência e mudança constitucional. Subjacente a essa relação está uma característica essencial das constituições: a subsistência temporal. [141]

Com efeito, se as constituições, em sua grande maioria, pretendem-se definitivas, direcionando-se para o futuro sem duração prefixada, parece uma consequência natural que nenhuma constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixe de sofrer modificações, seja para adaptar-se ao contexto circundante, seja para a resolução de problemas que podem surgir de sua própria aplicação.

A modificação da constituição é, portanto, um "fenômeno inelutável da vida jurídica", decorrente do cotejo entre o seu conteúdo e a realidade cambiante em que se insere. Afinal, uma constituição não se esgota no momento de sua elaboração; ao perdurar, será

141 Constantino Mortati assinala a característica essencial de permanência no tempo das Constituições. Cf. MORTATI, Costantino. La costituzione in generale. BARBERA, Augusto; MORTATI, Costantino; GIUFRRÉ, Guido. *Una e indivisibile*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 61-62. "*Considerata, così, la costituzione di un corpo come il principio d'ordine in esso immanente, devono considerarsi suoi attributi necessari: a) la priorità (logica, non già temporale, dato che il corpo comincia ad esistere nel momento stesso in cui il principio diviene operante) rispetto alle singole parti o alle singole manifestazioni di vita; b) la preminenza, quale discende dalla funzione condizionante le concrete estrinsecazioni della sua attività; c)* ***la permanenza nel tempo****, dato che alla medesima è legata la nascita e l'estinzione del corpo medesimo*". *Sem destaques no original.* Mark Tushnet também assinala que aqueles que elaboram uma constituição têm a esperança que as instituições por eles criadas sejam estáveis ao longo do tempo. Cf. TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2014, p. 17. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds. Why the Founding Document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 1-2: "(...) *the content of the American Constitution has significantly changed as a result of citizen`s beliefs and commitments, developing over time. Americans celebrate the stability of their Constitution. But generational change is a fact of constitutional life*"

naturalmente aplicada, submetendo-se aos fatos e aos participantes da vida constitucional.[142]

As constituições operam no tempo, objetivando regular o futuro, com fundamento na experiência do passado e nas condições do presente em que é elaborada. Para operar no tempo requerem, pois, uma capacidade de perdurar.

Como as constituições podem ser consideradas uma forma de engenharia política[143], podem ser julgadas, por consequência, como qualquer outra construção, por seu êxito ao teste do tempo. [144]

As Constituições se pretendem muito longevas, mas raramente, mesmo com esse intuito, impõem-se como imodificáveis. Com efeito, a cominação de uma imutabilidade absoluta ao texto constitucional tendencialmente levaria a desvalorização gradual da própria constituição, gerando a perda do chamado "sentimento constitucional" [145] por parte do povo.

Assim, tendo em vista a inconveniência da imposição de uma imutabilidade irrestrita, desenvolveram-se, ao longo do tempo, mecanismos destinados a adaptar o texto constitucional às novas demandas sociais, como é o caso das emendas constitucionais e da mutação constitucional.

---

142 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 395. Por isso sucedem as mais diversas espécies de "vicissitudes constitucionais": a revisão constitucional, a derrogação constitucional, o costume constitucional, a interpretação evolutiva da constituição, a revisão indireta, a revolução, a ruptura não-revolucionária, a transição constitucional e a suspensão (parcial) da Constituição.

143 Cf., por todos, SARTORI, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. [Tradução de Roberto Reyes Mazzoni]: México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

144 ANCKAR, Dag. "Democracy and Constitutional Endurance". *Taiwan Journal of Democracy*, v. 10, n. 1, July 2014, pp. 23-41.

145 Conforme salienta Raul Machado Horta, "o sentimento constitucional, que envolve a valorização sentimental da Constituição, é incompatível com a indiferença popular com relação à Constituição. O desconhecimento, a ignorância e o desprezo sistemático à Constituição negam o sentimento constitucional e fazem da Constituição uma "folha de papel". Esta conduta negativa opera a substituição da estabilidade pela fragilidade da Constituição. In: HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 111. Sobre sentimento constitucional, cf., também, nota 2, *supra*.

Por isso, a longevidade pretendida pelas constituições tem mais afinidade com a estabilidade, alcançada como produto de uma relação dialética entre permanência e mudança, do que propriamente com a imutabilidade.

Com efeito, a estabilidade constitucional não significa imutabilidade. Pelo contrário, a estabilidade de uma constituição pressupõe a sua capacidade de se adaptar constante e ininterruptamente às novas situações surgidas com a evolução e com as modificações ocorridas na sociedade. [146]

Tem-se, então, vale reforçar, que as constituições se pretendem muito longevas, mas não imodificáveis. Daí a competência atribuída a um dos órgãos do poder para a modificação constitucional, com vistas a adaptar preceitos da ordem jurídica a novas realidades fáticas.[147]

A constituição dá vida a um sistema que, por um lado, não se realiza inteiramente nas normas, porque não é em qualquer caso uma obra perfeitamente acabada, e, por outro lado, embora tenha a necessidade de perdurar, a fim de dirigir o sistema no curso da sua existência, deve ser capaz de se adaptar a cada vez mais novos eventos que ocorrem ao longo do tempo, de modo que não pode assumir o caráter de imutável. [148]

---

146 Segundo José Afonso da Silva, "a estabilidade da constituição não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo também de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e estabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social". Cf., nesse sentido, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42.

147 Nesse sentido também se posiciona Michel Temer e Costantino Mortati. In: TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 36 e MORTATI, Costantino. La costituzione in generale. BARBERA, Augusto; MORTATI, Costantino; GIUFRRÉ, Guido. *Una e indivisibile*. ... p. 210-211. "*Il rapporto fra stabilità e mutamento, fra statica e dinamica, nel senso che risulta dai termini ora indicati, è comune a qualsiasi tipo di ordinamento costituzionale positivo. Si è già visto come il problema dei limiti sia sostanzialmente connesso all'altro della continuità dell'ordinamento*".

148 MORTATI, Costantino. La costituzione in generale. BARBERA, Augusto; MORTATI, Costantino; GIUFRRÉ, Guido. *Una e indivisibile*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 167. "*Si è visto come la costituzione dia vita ad un sistema che, da una parte, non si realizza e non può mai realizzarsi interamente nelle norme, perché non è in nessun caso ordine*

Portanto, se é correto considerar que se deve valorar mais a estabilidade do que a imutabilidade constitucional, também não se pode deixar de reconhecer, por assim ser mais correto e adequado, que uma maior estabilidade tende a resultar em maior longevidade.

Também parece correto considerar que a estabilidade que tendencialmente se converte em maior longevidade constitucional decorre de múltiplos e distintos fatores.

Nesse sentido, registre-se o entendimento de Dag Anckar, sustentando que a adoção do regime democrático se traduz em maior longevidade constitucional. Justifica tal posição por meio de três fatores predominantes.

Um primeiro fator a ser considerado é que enquanto os regimes não democráticos mantêm um fraco comprometimento com regras populares, a elaboração de constituições democráticas prestigia uma maior participação e inclusão popular, reforçando o compromisso do povo em torno da constituição. Além disso, é da natureza das coisas que regimes democráticos sejam, como regra, mais bem equipados para superar sobressaltos políticos. Além do mais, em regimes democráticos tende-se a abster de alterações constitucionais de grande magnitude. [149]

Para além do regime do governo adotado, diversas outras explicações para o fato de que algumas constituições sejam mais longevas que outras são dadas por exaustivos trabalhos empíricos

---

compiuto, e che, dall'altra, pur caratterizzato com'è dall'esigenza di durare onde dirigere l'ordinamento in tutto il corso della sua esistenza, deve poter adeguarsi agli eventi sempre nuovi che sopravvengono durante tale corso, senza quindi che possa assumere carattere di immodificabilità".

149 ANCKAR, Dag. "Democracy and Constitutional Endurance". *Taiwan Journal of Democracy*, v. 10, n. 1, July 2014, p. 23, 25 e 39-40. Vale destacar parte do trecho em seu original: "*more than nondemocracies, democratic entities are conducive to constitutional endurance. This state of affairs may be explained by reference to two general factors. First, democracies tend more than nondemocracies to promote and maintain political and social qualities that work toward a preservation of constitutional frameworks. Second, more than nondemocracies, democracies lack characteristics thar work agains and undermine constitutional survival*".

recentes[150]. Também existe um conhecimento acumulado sobre por que algumas constituições são mais emendadas ou por que são mais extensas do que outras[151].

Será realizado, na sequência deste artigo, um levantamento de alguns dos principais fatores que influenciam a permanência e a mudança constitucional. Antes disso, porém, devem ser feitos alguns complementos acerca da relação entre estabilidade e longevidade constitucional.

O primeiro complemento refere-se à relação entre instabilidade constitucional e continuidade institucional.

Nesse contexto, o ponto é a possibilidade de que, mesmo em um cenário de relativa instabilidade constitucional, ocorra certa continuidade institucional.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nesse sentido, analisa que apesar da instabilidade constitucional, há uma nítida continuidade nas soluções consagradas pelo direito constitucional positivo brasileiro. Em outras palavras, referido autor entrevê, na instabilidade constitucional por que já passou o Brasil, uma grande continuidade, apesar das aparências em contrário. Essa continuidade demonstra a persistência da ideia de direito, pois mesmo as mudanças facilmente se explicam por uma evolução, como no caso da forma de Estado e mesmo no caso da ordem econômica e social.[152]

---

150 Apenas ilustrativamente citem-se: ELKINS, Zachary; GINSBURG, Thomas; MELTON, James. The endurance of national constitutions. New York: Cambridge, 2009 e NEGRETTO, Gabriel. *Making constitutions. Presidents, parties and institutional choice in Latin America*. Cambridge University Press.

151 Mencionem-se, exemplificativamente: LUTZ, Donald S. "Toward a Theory of Constitutional Amendment". In: LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: The theory and practice of constitutional amendment*. New Jersey: Princeton University Press, 1995 e OLIVER, Dawn e FUSARO, Carlo. *How constitutions change: a comparative study*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

152 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estabilidade e continuidade da Constituição. *In: Idéias para a nova Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 28, 29 e 32. Complementa o autor, em análise que merece a transcrição: "Surpreendentemente, a doutrina não tem enfatizado, o quanto devia, o aspecto *consensus*, ao tratar da estabilidade e da instabilidade da Constituição. Ora, a Constituição é a disciplina do poder e este, conforme todos sublinham, um fenômeno relacionado às crenças dominantes na sociedade. Assinalei noutro trabalho que, na sociedade global, o poder

O segundo complemento refere-se à relação entre longevidade e modificabilidade da constituição.

É importante considerar, quanto a essa relação, que muito embora uma maior longevidade normalmente esteja associada a um menor grau de alterabilidade formal da constituição, outras circunstâncias devem ser consideradas, tal como a existência de mecanismos informais de modificação e atualização da constituição[153].

Ademais, não se pode deixar de conferir razão ao ensinamento de Jorge Miranda, para quem uma maior plasticidade interna de uma constituição pode ser condição de maior perdurabilidade e de sujeição a modificações menos extensas e menos graves, mas o fator decisivo

está na dependência de um corpo de crenças, mais ou menos racionalizado, mais ou menos consciente, que inspira a sujeição e justifica a superioridade. Os governantes, assim, têm o seu poder fundamentado numa ideia de direito que é aceita pela comunidade. Esta ideia de direito é a concepção do que é justo nas relações entre os homens, entre indivíduos e grupos, entre grupos, a qual prevalece numa sociedade em determinado momento. É uma ideia de justiça (...). As relações de poder (salvo a exceção que é o poder carismático) se alicerçam nesta ideia de direito. Esta, portanto, define quem comanda e quem obedece, como se comanda e quando se obedece. Fixa, pois, o justo, o direito, no tocante ao poder. (...). Evidentemente, a consonância com a ideia de direito é a fonte maior da estabilidade da Constituição. Em realidade, a ideia de direito exprime a Constituição natural da sociedade; é essa Constituição onde inexistem normas escritas que procuram amoldá-la, e logram, ainda que imperfeitamente, mudá-la. Em face de uma Constituição escrita, ou parcialmente escrita, é que se pode dar, como é óbvio, o conflito entre a ideia de direito e as prescrições jurídicas positivas em vigor".

153 Nesse sentido, por exemplo, LUTZ, Donald S. "Toward a Theory of Constitutional Amendment". In: LEVINSON, Sanford. (Org.) *Responding to imperfection: The theory and practice of constitutional amendment*. New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 252. De acordo com Lutz, quanto mais longeva uma Constituição que, no entanto, possui baixa taxa de emendamento, maiores as probabilidades de o processo de mudança constitucional estar ocorrendo por outra via, presumivelmente uma Corte Constitucional, como seria o caso da norte-americana. O que se percebe, todavia, é que as constituições, ainda que de modo bastante diversificado entre si, regulam as garantias de sua própria estabilidade e permanência, mas também reservam espaço para a possibilidade de mudança de seu próprio texto, e, portanto, de seu próprio conteúdo. Justamente para que a constituição permaneça em vigor, não apenas simbolicamente, como uma mera "folha de papel", e cumpra sua função estabilizadora, é preciso que ela seja sempre também um projeto em permanente reconstrução, aberto ao tempo e ao câmbio da realidade, de tal sorte que permanência, estabilidade e mudança não são incompatíveis entre si, mas, pelo contrário, constituem exigências recíprocas e que se retroalimentam, desde que guardado o necessário equilíbrio. Cf. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 117.

não é esse. O que mais importa é a estabilidade ou a instabilidade política e social dominante em um país; é o grau de institucionalização da vida coletiva que nele se verifica, é a cultura político-constitucional, é a capacidade de evolução do regime político.[154]

Considerando o que foi abordado até este ponto, é possível observar a complexidade da relação entre os conceitos de permanência e mudança constitucional.

Assim como questões complexas exigem respostas por múltiplas aproximações, relações complexas exigem análises por múltiplas abordagens ou perspectivas. Por isso, o estudo da relação entre permanência e mudança constitucional, por meio das noções de longevidade e estabilidade constitucional e de continuidade institucional, traz importantes elementos para elucidação da temática.

Com essas considerações, passa-se, no tópico seguinte, ao exame dos fatores de permanência e mudança relativos à gênese e à estrutura da constituição e, na sequência, à análise daqueles relativos ao ambiente em torno da constituição.

3. FATORES DE PERMANÊNCIA E MUDANÇA CONSTITUCIONAL

O rol de tais fatores, que são os mais variados, é extenso, e abordado de distintas formas nos mais em diversos estudos[155].

154 O conceito de *vicissitudes constitucionais* refere-se, nesse sentido, a quaisquer eventos que ser projetem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas. Tais vicissitudes são de uma gama variada, com diferente natureza e manifestação, e podem recortar-se segundo cinco grandes critérios: quanto ao modo, quanto ao objeto, quanto ao alcance, quanto às consequências sobre a ordem constitucional, quanto à duração dos efeitos. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 160.

155 Citem-se, apenas como singelos exemplos, dois estudos. Dag Anckar aponta, como fatores de influência, a legado de eventual herança colonial, o lapso temporal desde a independência do Estado, a dimensão territorial do Estado, a existência de maior ou menor diversidade étnica na sociedade e o impacto de eventual fragmentação social. ANCKAR, Dag. "Democracy and Constitutional Endurance". *Taiwan Journal of Democracy*, v. 10, n. 1, July 2014, p. 23. Rosalind Dixon e David Lindau, por sua vez, fazem uma correlação entre a teoria das emendas constitucionais inconstitucionais e o *design constitucional*. DIXON, Rosalind; LANDAU, David. "Transnational constitutionalism

Em estudo publicado em 2009, Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton[156] agruparam tais fatores em dois conjuntos. No primeiro conjunto estão os fatores de *design,* que são aqueles relacionados com o conteúdo e a estrutura da constituição. No segundo conjunto estão os fatores ambientais, que são aqueles pertencentes aos ambientes, nacional e internacional, em que se situa a constituição.

É interessante destacar que os autores apontam que a distinção estrutura *versus* ambiente – *design* versus *environment* – pode ser comparada a um debate clássico no campo da biologia entre as forças da natureza e as forças do meio – "*nature*" *versus* "*nurture*". Assim como o *design*, "*nature*" é relativamente fixo para qualquer organismo, enquanto que "*nurture*" pode variar quase que infinitamente. [157]

O *design* se relaciona a fatores que são intrínsecos à própria constituição de um determinado ordenamento jurídico, isto é, ao arranjo constitucional, entendido como o conteúdo da constituição e seu processo de alteração.

O ambiente se relaciona a fatores externos à constituição, ou seja, elementos que ocorrem nos planos social, econômico e político, em nível nacional e internacional, que podem, ou não, afetar uma dada constituição.

A distinção entre essas duas espécies de fatores é relevante, pois demonstra a necessidade de análise dos elementos de *design*, em face daqueles de ambiente, que não podem ser determinados a *priori*.

---

and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment". *International Journal of Constitutional Law,* 2015, v. 13, n. 3, p. 606-638.

156 ELKINS, Zachary; GINSBURG, Thomas; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. New York: Cambridge, 2009, p. 2-5. Dentre os fatores de *design* os autores destacam três grupos: os fatores de inclusividade, fatores de flexibilidade e fatores de especificidade. Entre os fatores de ambiente, os autores analisam a integridade territorial, as mudanças de regime, as transições de governo, a existência de conflitos internos e externos e crise econômica e de desnvolvimento, p. 94-111. Dos mesmos autores, cf. também: "The lifespan of written constitutions". *Article prepared for delivery at the workshop "The diffusion of policies and institutions"*. ECPR Joint Sessions, Nicosia, Cyprus 25-30 April 2006.

157 ELKINS, Zachary; GINSBURG, Thomas; MELTON, James. *The endurance of national...*, p. 2-5.

Ora se acentuam os primeiros; ora se destacam os segundos. Mas o fato é que não se pode desprezar a influência desses diversos fatores, sejam eles de *design*, sejam eles de *environment*.[158]

Ainda no ano de 2009, os autores Tom Ginsburg, Zachary Elkins e Justin Blount[159] começam a questionar a adequação dos fatores de *design* para condicionar uma maior estabilidade e durabilidade das constituições, alegando, para tanto, que o processo de elaboração constitucional é carregado de expectativas com relação à durabilidade, à eficácia, à pacificação de conflitos e à reestruturação política, as quais, no mundo real, muitas vezes não são correspondidas.

Já no ano de 2014, Tom Ginsburg e James Meltom[160] modificam seu entendimento no sentido de defenderem que os fatores de ambiente não teriam tanto poder de influência quanto o que eles chamam de "cultura de emendamento". [161]

Uma vez realizada essa ponderação, na sequência serão referidos seis desses fatores, reputados como mais importantes.

3.1. FATORES RELATIVOS À GÊNESE E À ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO – FATORES DE *DESIGN*

O exame dos fatores de permanência e mudança constitucional relativos à gênese e à estrutura da constituição (fatores de *design*) situa-se num ponto em que se intersectam o plano conceitual da Teoria do

158 Cf. GINSBURG, Tom; MELTON, James; ELKINS, Zachary. *The Endurance of* ..., p. 2-5.

159 Cf. GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary; BLOUNT, Justin. "Does the process of constitution-making matter?" *The Annual Review of Law and Social Science*, July 2009.

160 Cf. GINSBURG, Tom; MELTON, James. "Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty." *Public Law and Legal Theory Working Papers.* n. 472. The University of Chicago Law School, May 2014.

161 Para uma análise comparativa dos trabalhos em diferentes momentos, cf. CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. "The determinants of constitutional amendability: amendment models or amendment culture?" *European Constitutional Law Review*, a. 12, n. 1, 2016, p. 192-211.

Poder Constituinte e o plano prático composto por aspectos empíricos da elaboração constitucional no direito positivo.

Destacam-se, nessa categoria de *design*, três fatores[162]: o contexto no momento histórico de formação das constituições, a extensão dos textos constitucionais, e os mecanismos adotados para a modificação da constituição.

3.1.1. CONTEXTO NO MOMENTO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

No célebre Artigo Federalista n. 1, Alexander Hamilton ponderou que elaborar uma constituição é um exercício de reflexão e de escolha.[163] Trata-se, com efeito, de um momento singular – em alguns poucos casos, único – no qual se tem a possibilidade – ou a necessidade – de se escolher o modo pelo qual uma determinada sociedade aceitará ser regulada daquele momento em diante. Portanto, o momento de elaboração de uma constituição é, sem dúvida, de relevância inconteste.

Várias são as condicionantes históricas a influenciar o contexto de elaboração de uma constituição. Entre elas, destaquem-se uma tradição social igualitária, ou não, a experiência vivida, autocrática ou democrática, o espírito de tolerância, ou sua inexistência.

Entre os fatores estritamente políticos, sobressaem-se as ideologias que interpretam a ideia de direito ou com ela conflitam,

162 Quanto ao primeiro deles, cabe um esclarecimento. Muito embora o contexto no momento histórico em que uma constituição é elaborada possa ser considerado, ontologicamente, como sendo relativo ao ambiente em torno da constituição, a escolha por sua alocação neste primeiro grupo se deu por um critério cronológico. Afinal, trata-se de fator que condiciona sobremaneira a gênese e, por consequência, a estrutura da constituição. É certo que também influenciará depois de elaborada e em vigor. Mas a opção feita neste trabalho parece se justificar satisfatoriamente.

163 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. [Trad. de Ricardo Rodrigues Gama]. 3. ed. Campinas: Russell, 2010, p. 10. Cf., também, TUSHNET, Mark. "Comparative Constitutional Law". In: ZIMMERMANN, Reinhard, REIMANN, Mathias. *The Oxford handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1226.

o quatro partidário, a existência de choques entre minorias e separatismos.

Entre os fatores sociais, podem ser mencionados o caráter nacional, o pluralismo social, o nível de cultura e de difusão da corrupção no aparelhamento estatal, a relação entre as classes.

Entre os fatores econômicos, são relevantes o nível de desenvolvimento, desníveis regionais e tensões daí decorrentes, dependência externa.[164]

Todos esses fatores, "na realidade dos fatos se permeiam e se interpenetram", somam-se a outros, condicionando a ordem política de uma determinada sociedade. [165]

De qualquer forma, mesmo com a vasta amplitude do rol de condicionantes históricas, e da complexidade subjacente a este quadro, parece inequívoco apontar que o padrão de emendamento constitucional em um determinado ordenamento jurídico está diretamente relacionado com o momento histórico de gênese e estruturação da constituição.

Exemplo disso são as modificações formais observadas na experiência constitucional brasileira desde 1988. O processo constituinte de 1987-1988 foi marcado por significativas incertezas, por multifragmentação de interesses econômicos e políticos, em meio a um processo participativo relativamente intenso, por meio do qual se chegou à opção pela adoção de uma constituição detalhada e relativamente fácil de emendar.[166]

A organização dos trabalhos constituintes, fortemente descentralizada, composta por inúmeras comissões e subcomissões, e a participação de um amplo espectro de atores, é um fator relevante para explicar a amplitude do texto constitucional.

---

164 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia*..., p. 47 ss.

165 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ideias para a nova constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 35.

166 MELO, Marcus André. "Mudança constitucional no Brasil. Dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à 'megapolítica'". *Novos Estudos*, v. 97, CEBRAP, 2013, p. 199.

Nesse sentido, João Lucas Coelho e Antônio Nantes Oliveira[167], em análise do perfil e do texto dos constituintes, reportam que, ao todo, foram apresentadas, durante as várias fases de comissões, sistematização, primeiro e segundo turnos de plenário, um total de 65.809 emendas, e que coexistiram, entre os meses de julho de 1987 e setembro de 1988, nove anteprojetos de constituição.

Com essas considerações, cumpre, agora, analisar o segundo fator de *design* – a extensão dos textos constitucionais – que está diretamente correlacionado com o fator sobre o qual se discorreu neste tópico que se encerra.

3.1.2. EXTENSÃO DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS

Parece plausível – e é recorrente no senso jurídico comum – inferir que a extensão dos textos constitucionais guarde uma relação diretamente proporcional com o número de emendas de que determinado texto potencialmente seja objeto[168]. De todo modo, algumas ponderações a esse respeito devem ser colocadas para melhor exame do tema.

No que se refere a este aspecto da extensão textual, é possível divisar dois conjuntos distintos de documentos constitucionais. [169]

O primeiro contém constituições mais sintéticas, geralmente concebidas sob influência das teorias políticas do liberalismo clássico da segunda metade do século XIX. Com isso, limitavam-se a delinear

167 COELHO, João G. Lucas; OLIVEIRA, Antonio C. Nantes. *A nova Constituição: avaliação do texto e perfil dos constituintes*. Rio de Janeiro: Inesc/Revan: 1989, p. 20.

168 A associação entre a extensão dos textos constitucionais e as mudanças formais à constituição é ampla e rigorosamente estudada por Donald Lutz, o qual conclui que quanto mais extensa uma constituição, maior é sua taxa de emendamento. É interessante destacar, deste estudo, que a explicação para índices mais elevados de emendamento encontrado nas constituições estaduais norte-americanas – 1,23 – comparativamente com o índice aferido relativamente à Constituição Federal norte-americana – 0,13 – se deve ao fato, segundo o próprio autor, de que aquelas constituições apresentam mais assuntos abrangidos em seu texto, como questões penais e tributárias. Cf. LUTZ, Donald S. "Toward a Theory...", p. 242-244.

169 Cf. BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho...*, p. 532.

os aspectos mais relevantes da organização governamental do Estado, os procedimentos de elaboração de leis, as atribuições específicas dos órgãos constitucionais, e direitos e garantias de maior significado. Como exemplos citam-se o Estatuto Albertino de 1848, com 84 artigos, e a Constituição Francesa de 1875, inicialmente com 34 artigos, reduzidos a 23 depois das reformas de 1880 e 1884.

O segundo conjunto é composto pelas constituições em que se agregam aos temas clássicos, contidos nas constituições do primeiro conjunto, novas disposições acerca da estrutura administrativa e judicial, alguns princípios fundamentais do Direito Civil e do Direito Penal, bem como sobre a atividade econômico-social do Estado. Ilustram esse agrupamento as Constituições Mexicana de 1917, da Alemanha de 1919 (Weimar), e da Itália de 1947.

Disso decorre a constatação de que a extensão das constitucionais tem aumentado, paulatinamente, nas últimas décadas, em relação direta com a extensão progressiva das tarefas reconhecidas como próprias do Estado.[170]

Um interessante ponto a ser destacado consiste no fato de que, em regra, as constituições de estados federais costumam ser mais extensas, devido à repartição, em sede constitucional, das competências dos entes federativos, especialmente em âmbito legislativo.

É claro que o exemplo norte-americano indica que é possível simplesmente delinear certas competências reservadas ao ente central, conferindo aos entes federativos competências de caráter residual. No entanto, casos como a Constituição do Canadá, de 1867,

170 BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho...*, p. 532-533. Essa constatação de Biscaretti di Ruffìa reforça o argumento defendido no Capítulo Primeiro deste trabalho da estreita relação existente entre o conteúdo da constituição, em especial em seu sentido material, e as funções por ela desempenhadas.

da Índia, de 1949[171], e do Brasil, de 1988, confirmam a regra de que os estados federais possuem constituições textualmente mais extensas.[172]

Outro aspecto relevante, no que se refere à extensão dos textos constitucionais, guarda relação com a necessidade de se adotar o critério mais adequado e coerente possível de mensuração do tamanho de uma constituição.

Nesse sentido, nem sempre a mera contagem numérica dos artigos servirá de parâmetro fidedigno de comparação.[173] Afinal, cada documento constitucional pode elencar seus dispositivos de modo peculiar, dificultando um cotejo que se mostre apto a produzir análises consistentes.[174] Talvez em razão disso é que alguns estudos empíricos a

171 Cf. SRIPATI, Vijayashri; THIRUVENGADAM, Arun K. India: Constitutional amendment making the right to education a Fundamental Right. *International Journal of Constitutional Law*, 2004, v. 2, n. 1, p. 148-158: Sripati e Thiruvengadam observam que a Índia também possui um federalismo fortemente centralizado, estruturado a partir da enunciação de três diferentes "listas" de competências atribuídas aos entes federativos: a primeira referente à União, outra relativa aos estados, e uma terceira com atribuições de União e estados, concorrentemente. Neste trabalho, Sripati e Thiruvengadam analisam a Emenda n. 86, de dezembro de 2002, que alterou os artigos 21, 45 e 51-A da Constituição da Índia e realçam o papel propulsor desta reforma, desempenhado pela Suprema Corte da Índia, a partir da decisão *Unni Krishnan J. P. vs. State of Andhra Pradesh*, em que a corte estruturou relevantes argumentos no sentido de que todas as crianças daquele país teriam direito à educação, gratuitamente, até a idade de quatorze anos de idade. Cf., também, SINGH, Mahendra Pal. "India". In: *How constitutions change. A comparative study*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013, p. 169-190.

172 BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 533-534.

173 Apenas ilustrativamente, indica-se o quantitativo de artigos do corpo permanente de algumas constituições: Alemanha, 146; Espanha, 169; França, 89; Índia, 395; Itália, 139; Portugal, 296.

174 Uma simples circunstância bem demonstra esse fato. Com efeito, na quantificação dos artigos constitucionais brasileiros, por exemplo, não se pode esquecer dos artigos interpolados (art. 29-A, incluído pela Emenda Constitucional n. 25/2000; arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, incluídos pela Emenda Constitucional n. 45/2004; art. 146-A, inserido pela Emenda Constitucional n. 42/2003; art. 149-A, incluído pela Emenda Constitucional n. 39/2002) nem dos artigos que foram suprimidos (arts. 117, 171, 233, retirados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais n. 24/1999, n. 6/1995 e n. 28/2000.

respeito do tema levem em consideração o número de palavras[175] que determinado texto constitucional possui.

Outros estudos, porém, consideram mais importante aferir a quantidade de matérias constitucionalizadas[176]; há ainda quem considere o número de dispositivos que compõem o documento constitucional associado ao conteúdo de cada um dos dispositivos[177].

O fato é que, independentemente dos critérios utilizados para mensuração de um documento constitucional, há uma nítida tendência de expansão textual das constituições.

Com essas sintéticas considerações, passa-se ao exame do terceiro fato de *design*: os mecanismos adotados para a modificação das constituições.

---

175 O *Constitute Project*, iniciativa de um grupo de pesquisadores da University of Texas at Austin que estudam Direito Constitucional Comparado, produziu um extenso levantamento das Constituições atualmente em vigor ao redor do mundo. De acordo com tal levantamento, as Constituições mais extensas, em número de palavras, são: (1) Índia, 146.385; (2) Nigeria, 66.263; (3) Brasil, 64.488; (4) Malásia, 64.080; (5) Papua Nova Guiné, 58.490. A título de comparação, a Constituição Portuguesa de 1976 tem 35.219 palavras; a Constituição Espanhola de 1978, 17.608; a Constituição Italiana de 1947, 11.708, a Francesa de 1958, 10.180 palavras, e a dos Estados Unidos, 7.762 palavras. Cf. http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/.

176 Sobre o ponto, cf. SOUZA, Celina. "Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988". *Dados. Revista de Ciências Sociais*, v. 51, n. 4, Rio de Janeiro, 2008, p. 813.

177 COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. "Constituição, governo e democracia no Brasil". In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, Junho de 2006, p. 41-62. Os autores desenvolveram um modelo que decompõe textos constitucionais em "dispositivos". Nesse modelo, não se contabilizam número de palavras ou tópicos constitucionais, mas dispositivos. Cada dispositivo se refere, grosso modo, a um comando legal existente no texto de uma Constituição. Os autores propõem que uma Constituição com muitas palavras é necessariamente uma detalhada. Utilizando os dados das constituições originárias, atestam que a Constituição brasileira de 1988, com 32 mil palavras, estaria atrás da portuguesa, de 1976, com 41 mil palavras, e bem atrás da indiana, de 1949, com 137 mil palavras. Utilizando a metodologia de contagem dos dispositivos, no entanto, a brasileira, com 1.627 dispositivos, ultrapassa a portuguesa, com 943 dispositivos, e está bastante próxima da indiana, com 1656 dispositivos – isso sem se considerar o fato de que a Constituição brasileira, com 496 *policies*, é muito mais "detalhada" do que a indiana, com 83 *policies*, e a portuguesa, com 42 *policies*. Cf., também, NORONHA, Lincoln Narcelio Thomaz. "Em direção a uma teoria de emendamento constitucional: críticas metodológicas e perspectivas de avanço sobre a mudança constitucional". *Anais eletrônicos de Política, Direito e Judiciário do IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política*. Brasília, 4 a 7 de agosto de 2014.

3.1.3. MECANISMOS ADOTADOS PARA A MODIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

O estudo dos mecanismos adotados para a modificação das constituições guarda uma relação muito próxima com as concepções que se adotam de Estado, de Direito e de Constituição.

A conformação da atividade de alteração formal de uma constituição está, segundo Biscaretti di Ruffìa, determinada e condicionada por aquelas concepções.[178]

Com efeito, consideram-se como partes imodificáveis de uma constituição, costumeiramente, aquelas que tratam dos mais caros princípios político-jurídicos, da forma de Estado e da forma de Governo, das declarações de direitos, e do próprio procedimento de alteração constitucional. Tudo isso é fortemente inspirado por aquelas concepções.[179]

Outra observação preliminar ao tema consiste no fato, bem ilustrado por Donald Lutz[180], de que o processo de emenda se baseia em quatro premissas fundamentais: soberania popular, imperfeição da natureza humana, eficácia de um processo deliberativo, maior importância da matéria estritamente constitucional comparativamente à legislação infraconstitucional.

De acordo com referido autor, o processo de emendamento constitucional, estruturado, nos moldes atualmente conhecidos, pelos norte-americanos, é um procedimento de tomada decisão de caráter público, formal e altamente deliberativo que tem como pressuposto a distinção entre a matéria constitucional e a legislação ordinária.

As premissas subjacentes à ideia de emenda exigem que tal procedimento não seja nem tão fácil, nem tão difícil. Um procedimento que seja muito fácil não proporciona suficiente distinção entre as matérias constitucionais e as matérias infraconstitucionais, violando

178 BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho* ..., p. 555.
179 BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho* ..., p. 556.
180 LUTZ, Donald S. "Toward a theory ..., p. 237-240.

a premissa da necessidade de um elevado nível deliberativo para sua elaboração. Um procedimento que seja extremamente difícil, por outro lado, reduz a possibilidade de correção de erros, violando a premissa da falibilidade humana e dificultando sobremaneira o recurso à soberania popular quando for necessário.[181]

É preciso ter em conta, na esteira da sistematização de Donald Lutz, que podem ser indicados quatro principais métodos de alteração constitucional – completa substituição, emendamento formal, revisão legislativa e interpretação judicial. [182]

Uma vez apresentado esse pano de fundo, cumpre referir uma aproximação inicial relacionada à técnica da modificação constitucional, que é traçada por Karl Loewenstein, a apontar para a existência de alguns poucos mecanismos intrínsecos a tal procedimento, como maiorias parlamentares qualificadas, deliberação e votação por mais de uma casa legislativa, participação ou não do povo. [183]

Uma classificação existente acerca dos procedimentos de formação das constituições, levada a efeito por Biscaretti di Ruffìa, é a que tem por critério de análise a relação com os órgãos ou sujeitos

181 Além de Lutz, no mesmo sentido posicionam-se Stephen Holmes e Cass SUNSTEIN. "*On the one hand, if a constitution is too difficult to amend, if it is excessively rigid, it is liable to break. An overly rigid constitution, based on a stringent amending formula, invites extraconstitutional solutions (or free-floating interpretation, which poses dangers of its own). On the other hand, if a constitution is too easy to amend, it will invite the constitutionalization of political life, or the collapse of constitutional politics into ordinary politics. A lax amending procedure, especially when monopolized by the assembly, will encourage legislators to attempt to outmaneuver their opponents of the moment by changing the rules of the game while in midstream. It will also make basic rights vulnerable to political winds and eliminate the kinds of stability and facilitation that are provided by agreement on basic institutional arrangements*". SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. "The politics of constitutional revision in Eastern Europe". In: LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: The theory and practice of constitutional amendment*. New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 295.

182 LUTZ, Donald S. "Toward a theory... ", p. 241. Em avaliação crítica dos três mais proeminentes, Lutz identifica que tais métodos guardam uma diferente correlação com o princípio da soberania popular, presentes de forma mais acentuada presente no emendamento formal, um pouco menos na revisão legislativa e ainda menos na interpretação judicial.

183 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 177-182.

que os conduzem. Neste sentido, distingue entre procedimentos monárquicos, de um lado, e procedimentos populares, de outro lado. [184]

No que se refere aos primeiros, há uma subdivisão. Pode haver uma concessão unilateral (*octroi*) por parte do soberano, antes absoluto, que renuncia, ao menos do ponto de vista jurídico, à sua autoridade exclusiva. É o caso da Constituição francesa de 1814 e do Estatuto Albertino de 1848. Pode haver também um pacto entre o antigo soberano e uma assembleia, tal como ocorreu com as Constituições francesas de 1791 e 1830. [185]

Também o gênero dos procedimentos populares comporta especificação. Pode haver uma elaboração por uma assembleia constituinte eleita especialmente para tanto, a exemplo das Constituições dos Estados Unidos, de 1787, da França de 1848 e 1875 e da Alemanha, de 1949. Pode haver também a integração da elaboração das assembleias constituintes com uma participação popular direta, seja em referendo posterior, seja em referendo preventivo. Exemplo disso ocorreu com a Constituição Italiana de 1947, em que houve um referendo preventivo, ou programático, em dois de junho de 1946, que deliberou pela forma republicana de governo. Na França, também se realizaram referendos sob a égide das Constituições de 1793, 1795, 1946 e 1958.[186]

No que se refere à aprovação posterior por outros órgãos, vale ainda referir à situação encontrada em muitos estados que a adotam a forma federativa, que submetem o texto constitucional a assembleias representativas dos diversos estados membros. Neste contexto, situam-se a Constituição dos Estados Unidos, aprovada na Filadélfia em dezessete de setembro de 1787, mas cuja aplicação se iniciou em primeiro de janeiro de 1789, com a ratificação do nono Estado, em

184 BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho ...*, p. 525-529.
185 BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho ...*, p. 525-526.
186 BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho ...*, p. 526-528.

respeito ao artigo VII e a Constituição Alemã de 1949, que deveria ser aprovada por dois terços dos membros dos Parlamentos dos *Länder*.[187]

Quanto aos quóruns de deliberação e de aprovação, existe uma variedade significativa de opções.

Em um limite, um procedimento de emenda pode autorizar uma emenda constitucional por uma maioria de votos em uma única sessão legislativa. Sob esse sistema, as emendas constitucionais não são muito diferentes da legislação ordinária. Podem ser acrescentadas camadas de dificuldade, a exemplo da adoção por legislaturas sucessivase da aprovação por referendos populares.

No outro limite estão as disposições constitucionais que não podem ser alteradas.[188]

Biscaretti di Ruffìa alerta para o risco de adotar procedimentos muito complexos, que possam gerar ambiguidade e questionamentos, revelando que o caráter alternativo de alguns procedimentos de reforma constitucional acabou por causar, com certa frequência, árduos problemas de interpretação do texto constitucional, tendo gerado, inclusive, aplicações concretas discutíveis das disposições constitucionais. [189]

Em conclusão, é importante considerar, como já se mencionou no início deste tópico, que o estudo sobre a permanência e a modificação das constituições – e, por consequência, dos mecanismos adotados para a mudança constitucional relaciona-se diretamente, de acordo com Jon Elster[190], com o próprio desenvolvimento do constitucionalismo moderno e com a Teoria da Constituição, na medida em que a opção pelo modelo de reforma implica escolhas,

187 BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho ...*, p. 527.

188 PINTO FERREIRA, Luís. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 587.

189 BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho ...*, p. 527. Exemplos são os acontecimentos na Itália, depois de 1947, e na França, entre 1962 e 1969.

190 De acordo com Jon Elster, a maior ou menor dificuldade para se emendar um texto constitucional pode representar uma diferente perspectiva de constituição, se estrutura ou se instrumento para a ação. Cf. ELSTER, Jon. "Constitutionalism in Eastern Europe: an introduction". *University of Chicago Law Review*, n. 58, 1991, p. 470-471.

no campo da política constitucional, entre maior flexibilidade ou rigidez constitucional, entre maior estabilidade ou maior abertura a mudanças. Implica, ademais, o estabelecimento de limitações – materiais, circunstanciais, temporais – e de procedimentos formais, mais ou menos rigorosos, com quóruns mais ou menos elevados e, naqueles Estados que adotam a forma federativa, implica escolhas entre a maior ou menor participação dos entes federativos no processo de reforma.

3.2. FATORES RELATIVOS AO AMBIENTE EM TORNO DA CONSTITUIÇÃO – FATORES DE *ENVIRONMENT*

A complementaridade existente entre os fatores de design e os fatores de *environment* pode ser evidenciada por uma importante, precisa e sintética lição dada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "a gênese da Constituição completa-se pela efetividade de suas normas".[191]

Entre tais fatores, destacam-se: estabilidade política, econômica e social; diálogo interinstitucional e perdurabilidade ou longevidade constitucional.

3.2.1. ESTABILIDADE POLÍTICA, ECONÔMICA E SOCIAL

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta que influem na eficácia ou ineficácia das constituições fatores de ordem histórica, ordem econômica, ordem social e de ordem política, os quais, segundo o autor, favorecem ou desfavorecem a operacionalização dos ditames constitucionais em um ponto essencial – a forma de governo.[192]

191 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

192 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96-97. Neste sentido também, do mesmo autor: *A reconstrução da democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979. Cumpre referir que menciona também o entendimento de DAHL, Robert. *Poliarchy*. 4. ed. New Haven: Yale University Press,

Na realidade, todas as observações trazidas à luz quando da análise do contexto no momento de elaboração dos textos constitucionais poderiam ser feitas, com as devidas cautelas, no presente ponto. Afinal, as condicionantes históricas presentes naquele momento formativo subsistem, muitas das vezes, com maior ou menor variação, no período subsequente, de aplicação da nova ordem constitucional.

Sobre o ponto, é interessante destacar o entendimento de Holmes e Sunstein, para quem, em países com forte e frequente demanda por reformas institucionais e políticas, o risco de substituição constitucional aumenta se os procedimentos de emenda são mais rígidos. Os autores ressalvam, no entanto, que a durabilidade das constituições não pode ser explicada apenas por variáveis relativas ao *design* constitucional. A estabilidade e a longevidade de uma constituição estão diretamente relacionadas, ou são diretamente determinadas, também por condições políticas, sociais e econômicas subjacentes a ela. [193]

Analisando o constitucionalismo da Europa oriental, Holmes e Sunstein avaliam que as maiores transformações políticas no século XX foram levadas a efeito por meio de emendas constitucionais.[194] Ao discorrer sobre a estrutura constitucional mais adequada aos países egressos da ex-União Soviética, por exemplo, os autores apontam que é desejável uma maior flexibilização das regras de alteração da constituição. Indicaram, ademais, que instabilidade social, econômica e política continuaria naqueles novos Estados, sendo irrealista

1973, que faz uma análise dos fatores que contribuem para o estabelecimento de um regime democrático.

193 SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. "The politics of constitutional revision in Eastern Europe". In: LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: The theory and practice of constitutional amendment*. New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 275-306.

194 SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. "The politics of ...", p. 281. No mesmo sentido posiciona-se Jon Elster, ao afirmar que na Europa oriental e na Rússia a constituição era vista como um "instrumento de ação" e não uma "moldura para ação". In: ELSTER, Jon. "Constitutionalism in Eastern Europe: an introduction". *University of Chicago Law Review*, 58, 1991, p. 470.

tentar estabelecer arranjos constitucionais definitivos sob condições institucionais tão fluidas.[195]

A atuação deste fator do ambiente conjuntural, político, econômico e social leva em conta também o fato de que as instituições formais emergem e mudam como resultado de mudança política, econômica e social. Por esta perspectiva, os atores políticos darão suporte a uma constituição que denote equilíbrio apenas enquanto a configuração subjacente de poderes e interesses que mantém esse equilíbrio permanece estável. [196]

Por fim, é essencial ter em consideração, sobre o presente fator ambiental, que, isoladas outras determinantes, as constituições têm menos longevidade quando os Estados passam por regimes transitórios, mudanças no sistema partidário, golpes militares, mobilização social diretamente contra o governo instalado ou contra o regime político.

Em outras palavras, significativas mudanças no ambiente social, político e econômico sob os quais opera uma determinada constituição aumentam a probabilidade de um maior emendamento constitucional e, a depender da intensidade e da extensão de tais mudanças, eleva-se, inclusive o risco de sua substituição da constituição então vigente.

3.2.2. DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL

Os procedimentos de emendamento constitucional estão estreitamente relacionado à atividade de interpretação constitucional[197].

195 SUNSTEIN, Cass R; HOLMES, Stephen. "The politics of ...", p. 283.

196 NEGRETTO, Gabriel L. "The durability of Constitutions in changing environments: explaining constitutional replacements in Latin America". *Kellogg Institute Working Paper* n. 350, August 2008. No ponto, Negretto faz referência a Robert Dahl – DAHL, Robert. *Polyarchy: participation and opposition.* New Haven: Yale University Press, 1971 – o qual argumenta que a inauguração de um regime democrático é impossível sem as regras de segurança mútua entre governo e oposição.

197 Rosalind Dixon e David Landau observam a existência de uma permeabilidade entre design constitucional e interpretação e controle de constitucionalidade. DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. *International Journal of Constitutional*

O ônus de ajustar as constituições às novas condições pode ser obtido por meio de um processo de alteração fácil. Em contrapartida, quanto mais difícil for a alteração direta de uma constituição, mais pressão haverá sobre os tribunais constitucionais para interpretar as disposições existentes de modo a abordar os problemas colocados por novas condições.

Essa circunstância será particularmente verdadeira se a constituição difícil de ser alterada for mais antiga, a exemplo dos Estados Unidos, em que se pode dizer que a Suprema Corte altera, de forma recorrente, a constituição, por decisões que a interpretem.[198]

É em razão da existência de uma cultura, maior ou menor, de forte e constante atuação da jurisdição constitucional a revitalizar, incessantemente, uma determinada constituição que se torna difícil comparar, por exemplo, de um lado, a quantidade de emendas à Constituição norte-americana, que possui apenas sete artigos, e, em duzentos e trinta anos passou por apenas vinte e sete emendas, e, de outro lado, a Constituição da França de 1958, com oitenta e nove artigos, os quais, em pouco mais de sessenta e cinco anos, foi objeto de vinte e cinco emendas constitucionais. Afinal, o exercício da jurisdição constitucional naqueles dois países é amplamente distinto.

No que se refere especificamente ao sistema constitucional brasileiro, um fenômeno cada vez mais frequente tem gerado um considerável número de emendas constitucionais: trata-se

---

Law, 2015, v. 13, n. 3, p. 637-638. De acordo com os autores: "*Formal acts of constitutional design will mean little without some form of sympathetic interpretation by courts or subsequent legislators. Equally, many acts of constitutional interpretation, particularly in the early years of a constitution, will closely resemble earlier acts of formal constitutional design: they will involve a mix of legal and political judgment, and creativity as well as fidelity to past actors, all in the name of helping create and consolidate a new democratic polity. A focus on the doctrine of constitutional unamendability provides one helpful lens through which to see this relationship. As a doctrine that is equally the product of formal design choices and judicial interpretation, it helps remind us of the deep connections between interpretation and design in the project of democratic constitution-making*".

198 TUSHNET, Mark. "Comparative Constitutional Law". In: ZIMMERMANN, Reinhard, REIMANN, Mathias. *The Oxford handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1238-1239.

do permanente diálogo institucional entre o Poder Legislativo e a Jurisdição Constitucional.

Nesse sentido, Sérgio Antônio Ferreira Victor diagnostica um consenso sobre a possibilidade de superação de decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal, pelo Poder Legislativo, mediante emenda constitucional. E, aprofundando o exame desta hipótese, conclui que a forma mais comum de diálogo institucional entre o Supremo e o Congresso Nacional é por meio da aprovação de uma emenda constitucional como resposta a uma decisão da Corte. [199]

Outra conclusão interessante a que chega o autor é que a aprovação de emendas no Brasil não é dificultosa o bastante para causar grandes constrangimentos. [200]

A Constituição brasileira de 1988 notabiliza-se por ser extremamente analítica e, assim, constitucionalizar uma série de assuntos que, em outros países, jamais seriam elevados à estatura constitucional. Dessa forma, muitas das políticas públicas tidas por ordinárias envolvem questões constitucionais e demandam implementação por meio de alterações constitucionais.

Com efeito, verifica-se um profícuo diálogo interinstitucional entre o constituinte reformador brasileiro, de um lado, e o Supremo Tribunal Federal, de outro. [201]

---

199 VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*: *debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 221-227.

200 VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e ...*, p. 225-226.

201 VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e ...*, p. 221-222. O autor elenca uma série de exemplos elucidativos a reforçar sua argumentação. Mencionem-se alguns deles: (1) alteração no tratamento dado à sistemática de progressividade do IPTU e EC 29/2000; (2) instituição da COSIP (art. 149-A da CF) e EC 39/2002; (3) número de vereadores municipais e EC 58/2009; (4) ICMS na importação de bens por pessoa física. Interpretando o art. 155, IX, parágrafo 2º, *a*, o STF entendia não ser cabível, por não estar configurada a indispensável circulação de mercadoria. Com a EC 33/2001, superou-se este entendimento. (5) vantagens de caráter pessoal no cômputo do teto remuneratório. Na ADI 14, o STF entendeu que tais vantagens não entravam no cômputo. A EC 19/1998 expressamente as inseriu no referido cômputo. Posteriormente, em sessão administrativa, em 24 de junho de 1998, o STF decidiu que a nova fórmula de cômputo não seria autoaplicável, dependendo de desdobramento legislativo. A EC 41/2003 significou nova reação à decisão do STF, desta vez de forma expressa: mencionou as vantagens pessoais, incluindo-as no teto remuneratório e

Um impacto muito evidente, em razão de sua extensão e de sua frequência, é como visto a alteração, por emendas, ao Sistema Tributário Nacional, levada a efeito pelas decisões do Supremo Tribunal Federal. Esclareça-se, na linha do entendimento de Luciano Fuck, que "o próprio caráter rígido e exaustivo das competências tributárias dispostas na Constituição acarretou a necessidade de edição de emendas" com o objetivo de adaptar as normas constitucionais tributárias, "seja para criar novos tributos, seja para alcançar bases materiais alternativas".[202]

É importante ressaltar, como bem o faz Luciano Fuck, que a reação do Congresso Nacional de promulgar emendas constitucionais frente a decisões do STF não significa insurgência ou conflito entre os Poderes. Afinal, é indispensável a cooperação entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo de forma a aperfeiçoar a Constituição. [203]

O certo é que, direta ou indiretamente, a jurisdição constitucional participa do desenvolvimento institucional e impulsiona a produção de emendas constitucionais. Isso é um dos motivos pelo qual se pode afirmar que o elevado número de emendas constitucionais ao texto de 1988 não configura um aspecto demeritório do modelo brasileiro.[204]

---

previu a autoaplicabilidade da regra, bem como a rejeição prévia aos argumentos fundada em direito adquirido. (6) Criação de municípios e EC 15/1996, seguida da ADI 2240, sobre a criação do município de Luís Eduardo Magalhães. EC 57/2008, como reação, convalidando a criação dos municípios cujas leis criadoras tivessem sido publicadas até o dia 31/12/2006. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e ...*, p. 225.

202 FUCK, Luciano Felício. "STF também é responsável pelo número de emendas constitucionais". *Análise Constitucional. Consultor Jurídico*. São Paulo, 7 nov. 2016. Entre as adaptações realizadas pelo legislador constituinte reformador no sistema constitucional tributário, está a criação de novas competências, em especial para reforçar a capacidade arrecadatória da União. Isso sem contar as diversas emendas constitucionais promulgadas com a finalidade de estender a vigência de disposições provisórias, como a extinta Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF) e a Desvinculação das Receitas da União (DRU).

203 Cf. FUCK, Luciano Felício. "STF também é ...", para quem reside, nesse ponto, a justificativa de se celebrar a utilização da feliz expressão "diálogo institucional".

204 Nesse sentido, FUCK, Luciano Felício. "STF também é ...", que complementa: "Antes é consequência inevitável de um texto abrangente, analítico e minucioso e do exercício do diálogo institucional, principalmente tendo em conta o funcionamento

3.2.3. PERDURABILIDADE OU LONGEVIDADE CONSTITUCIONAL

O último dos fatores de ambiente que influenciam a permanência e a mudança constitucional é a perdurabilidade ou longevidade, na acepção mais comezinha da expressão – a passagem do tempo. E no que se refere a esse ponto, o essencial é o fato de que, na linha do exposto por Karl Loewenstein, a relação entre frequência das reformas constitucionais e longevidade constitucional não pode ser explicada apenas por meio da assertiva de que quanto mais velha uma constituição, maior será a necessidade de reformá-la. [205]

Os estudos empíricos de Gabriel Negretto[206] e de Elkins, Ginsburg e Melton[207] chegam a resultados similares, embora utilizando diferentes bases de dados, atestando-se o fato de que "quanto mais tempo uma constituição sobrevive sem ser substituída, mais estável ela é".[208]

Não há uma explicação única, clara e amplamente aceitável, sobre o que faz uma constituição durar. As diferentes taxas de sobrevivência constitucional ao redor do mundo sugerem que se há outros fatores que devem ser analisados além do tempo. Estudos teóricos sobre a natureza da constituição costumam ver a estabilidade constitucional em função do tempo. Estudos comparativos sobre a durabilidade da constituição costumam analisar três principais fatores: tempo, *design* constitucional e dinâmica do ambiente social e político circundante.[209] De todo modo, é importante delinear algumas considerações.

---

da jurisdição constitucional no Brasil: ativa, altiva e independente. Se nem todas as modificações do texto constitucional foram positivas, muitas melhorias foram alcançadas e muitas mais serão inevitavelmente necessárias".

205 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 174-175.

206 NEGRETTO, Gabriel L. "The durability of Constitutions in changing environments: explaining constitutional replacements in Latin America". *Kellogg Institute Working Paper* n. 350, August 2008.

207 ELKINS, Zachary; GINSBURG, Thomas; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. New York: Cambridge, 2009.

208 NEGRETTO, Gabriel L. "The durability of ..., p. 2.

209 NEGRETTO, Gabriel L. "The durability of ..., p. 3.

A influência do fator temporal faz ter em consideração que, como regra geral, uma constituição que se mostra exitosa na resolução de conflitos e na ordenação da vida política e social, tende a ser mais estável com o passar do tempo, ou seja, quanto mais tempo em vigor, mais provável que a constituição dure ainda mais – uma espécie de f*eedback* positivo ou *self-reinforcement*. [210]

Isso é válido, por exemplo, para a Constituição dos Estados Unidos, que sobreviveu a uma severa Guerra Civil, duas Guerras Mundiais, crises políticas e econômicas e profundas transformações sociais. No entanto, não se pode dizer que esta característica geral seja aplicável a todas as constituições.

Negretto relata, neste sentido, o risco de "fadiga constitucional", exemplificando com o caso da Colômbia, cuja Constituição de 1886 foi substituída em 1991. É possível, também, que depois de um longo período de estabilidade, transcorra um período de instabilidade, como ocorreu no Uruguai. A Constituição do Uruguai de 1830 durou 86 anos e, depois de 1916, o Uruguai teve cinco diferentes constituições. [211]

Existe, portanto, uma intrínseca relação deste fator com os fatores estruturais, de *design constitucional* e com os outros fatores ambientais, de *environment*.

Instituições que descentralizam o poder, como eleições independentes, bicameralismo, federalismo podem ter efeito positivo na sobrevivência das constituições. Instituições que protegem a constituição como "direito superior" – que estabeleçam supremacia formal da constituição (emendas constitucionais por procedimento mais difícil) e material (controle de constitucionalidade das leis), também apresentam efeito positivo, pois dificultam a mudança constitucional e induzem a criação de mecanismos informais de adaptação da constituição às mudanças nas esferas política, social e econômica[212].

210 NEGRETTO, Gabriel L. "The durability of ..., p. 4-5.
211 NEGRETTO, Gabriel L. "The durability of ..., p. 4-5.
212 NEGRETTO, Gabriel L. "The durability of ..., p. 5-6.

Instituições pluralistas são mais propensas a durar de uma forma equilibrada. Instituições que interpretam e guardam jurisdicionalmente a Constituição também têm efeito positivo na longevidade. Por outro lado, disposições constitucionais que desconcentram e descentralizam o poder, difundindo-o, tornam possível uma adaptação flexível da constituição às circunstancias cambiantes, diminuem o risco de substituição da constituição. Isso significa que, mantidas constantes outras variáveis, é mais provável que a longevidade constitucional aumente diante da presença de regras eleitorais inclusivas, bicameralismo, veto presidencial, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade. [213]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As constituições, em sua grande maioria, pretendem-se definitivas, sem duração prefixada, mas raramente, mesmo com esse intuito, impõem-se como imodificáveis. As constituições operam no tempo, objetivando regular o futuro, com fundamento na experiência e nas condições do presente em que é elaborada. Para operar no tempo, requerem, pois, capacidade de perdurar. Como consequência natural desse fato, nenhuma constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixará de sofrer modificações.

A análise da permanência e da mudança de uma constituição pode ser atribuída a vários fatores, os quais podem ser elencados em dois conjuntos: relativos à gênese e à estrutura da constituição – fatores de *design* (o contexto no momento histórico de formação das

213 NEGRETTO, Gabriel L. "The durability of ..., p. 8. Negretto faz referência a Lutz, para quem uma maior longevidade constitucional pode ser alcançada desde que a constituição não seja nem tão frequentemente emendada, nem raramente emendada. Isto quer dizer que um grau moderado de emendamento depende da otimização do equilíbrio entre rigidez e flexibilidade constitucional. Se o procedimento de emenda é muito rígido, a constituição não poderá se adaptar eficientemente às mudanças do ambiente político. Se, por outro lado, é muito flexível, a distinção entre legislação ordinária e constituição desaparece, fazendo com que o emendamento se torne uma estratégia frequente. Em ambos os casos, o índice de substituição constitucional, segundo Lutz, aumenta.

constituições, a extensão dos textos constitucionais e os mecanismos adotados para a modificação das constituições) – e relativos ao ambiente em torno da constituição – fatores de *environment* (estabilidade política, econômica e social, o diálogo interinstitucional e a perdurabilidade constitucional).

Mesmo com a vasta amplitude do rol de condicionantes, sejam elas de *design*, sejam elas de *environment*, e mesmo considerando a grande complexidade subjacente a este quadro, que pode variar segundo as peculiaridades de cada ordenamento constitucional, parece inequívoco apontar que o padrão de emendamento constitucional em um determinado ordenamento jurídico está diretamente relacionado com tais fatores, que se apresentam como aptos a influenciar, em maior ou menor grau, a mudança e a permanência constitucional.

À luz desses fatores pode-se interpretar mais adequadamente as circunstâncias mencionadas no início deste artigo: a Constituição de 1824, muito longeva, passou por apenas duas alterações, em 65 anos; a Constituição de 1934 foi alterada três vezes, em seus meros 3 anos de existência.

De todo modo, mais relevante que a mera longevidade de uma constituição é a estabilidade da ordem constitucional. Esta, porém, não significa imutabilidade. Ao contrário, a estabilidade de uma Constituição pressupõe a sua capacidade de ininterruptamente adaptar-se às novas situações advindas das modificações na sociedade. Desenvolveram-se, por isso, mecanismos destinados a adaptar o texto constitucional às novas demandas sociais, como é o caso das emendas constitucionais e da mutação constitucional. Assim, a longevidade pretendida pelas constituições tem mais afinidade com a estabilidade, produto de uma relação dialética entre permanência e mudança, do que propriamente com a imutabilidade.

REFERÊNCIAS

ANCKAR, Dag. "Democracy and Constitutional Endurance". *Taiwan Journal of Democracy*, v. 10, n. 1, July 2014, pp. 23-41.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. v.6, São Paulo: Saraiva, 1934.

COELHO, João G. Lucas; OLIVEIRA, Antonio C. Nantes. *A nova Constituição: avaliação do texto e perfil dos constituintes*. Rio de Janeiro: Inesc/Revan: 1989, p. 20.

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. "The determinants of constitutional amendability: amendment models or amendment culture?" *European Constitutional Law Review*, a. 12, n. 1, 2016, p. 192-211.

DAHL, Robert. *Poliarchy*. 4. ed. New Haven: Yale University Press, 1973.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. *International Journal of Constitutional Law,* 2015, v. 13, n. 3, p. 637-638.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Thomas; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. New York: Cambridge, 2009.

ELSTER, Jon. "Constitutionalism in Eastern Europe: an introduction". *University of Chicago Law Review*, 58, 1991, p. 470.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Estabilidade e continuidade da Constituição. In: *Idéias para a nova Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FUCK, Luciano Felício. "STF também é responsável pelo número de emendas constitucionais". *Análise Constitucional. Consultor Jurídico*. São Paulo, 7 nov. 2016.

GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary; BLOUNT, Justin. "Does the process of constitution-making matter?" *The Annual Review of Law and Social Science*, July 2009.

GINSBURG, Tom; MELTON, James. "Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty." *Public Law and Legal Theory Working Papers.* n. 472. The University of Chicago Law School, May 2014.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. [Trad. de Ricardo Rodrigues Gama]. 3. ed. Campinas: Russell, 2010.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 111.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

LUTZ, Donald S. "Toward a Theory of Constitutional Amendment". In: LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: The theory and practice of constitutional amendment*. New Jersey: Princeton University Press, 1995.

MELO, Marcus André. "Mudança constitucional no Brasil. Dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à 'megapolítica'". *Novos Estudos*, v. 97, CEBRAP, 2013, p. 187-206.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORTATI, Costantino. La costituzione in generale. BARBERA, Augusto; MORTATI, Costantino; GIUFRRÉ, Guido. *Una e indivisibile*. Milano: Giuffrè, 2007.

NEGRETTO, Gabriel. *Making constitutions. Presidents, parties and institutional choice in Latin America*. Cambridge University Press.

_____. "The durability of Constitutions in changing environments: explaining constitutional replacements in Latin America". *Kellogg Institute Working Paper* n. 350, August 2008.

OLIVER, Dawn e FUSARO, Carlo. *How constitutions change: a comparative study*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

PINTO, Almir Pazzianoto. "A Crise Constitucional". In: RODRIGUES DO AMARAL, Antonio Carlos; ROSAS, Roberto; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005, p. 73-83.

PINTO FERREIRA, Luís. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARTORI, Giovanni. *Ingenería Constitucional Comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. [Tradução de Roberto Reyes Mazzoni]: México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds. Why the Founding Document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____; HOLMES, Stephen. "The politics of constitutional revision in Eastern Europe". In: LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: The theory and practice of constitutional amendment*. New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 275-306.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2014.

_____. "Comparative Constitutional Law". In: ZIMMERMANN, Reinhard, REIMANN, Mathias. *The Oxford handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1238-1239.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*: *debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOBRE A LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E ACIONISTAS: DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO SOB A ÓTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA

Pedro Giovanini Lopes[214]

Leonardo Gomes De Aquino[215]

RESUMO: No âmbito do presente trabalho acadêmico, procedeu-se a uma investigação minuciosa acerca do princípio da autonomia patrimonial, promovendo-se uma análise que engloba a sua definição conceitual, escrutínio de sua linhagem histórica e uma criteriosa apreciação de sua inalienável relevância no quadro normativo vigente. Em estágio subsequente, o estudo direcionou seu foco para a intrincada questão da desconsideração da personalidade jurídica, abordando com rigor exegético as suas raízes históricas, as consequências jurídicas de sua aplicação e o minucioso ensaio acerca das distintas teorias que permeiam seu enquadramento no contexto legal. Findando-se o escopo deste trabalho, deu-se especial atenção ao fenômeno preocupante da banalização da personalidade jurídica na atual conjuntura jurídica, adentrando nas nefastas implicações que essa realidade acarreta e explorando pormenorizadamente as vias e imperativos indispensáveis para a restauração da plena vigência do princípio da autonomia patrimonial, essencial para a ordem jurídica.

Palavras-chave: autonomia patrimonial; desconsideração da personalidade jurídica; teoria maior; teoria menor; banalização.

214 Pedro Giovanini Lopes. Graduando em Direito – Centro Universitário de Brasília. Aprovado no Exame XXXIX da OAB. E-mail: pe.giovanini@gmail.com

215 Advogado. Mestre em Direito. Pós-graduado em Direito Empresarial. Pós-graduado em Ciências Jurídico-Processuais. Especialização em Docência do Ensino Superior. Autor de diversos Livros, entre eles: Propriedade Industrial. Direito empresarial. Teoria Geral dos Contratos. Contrato de Franquia. Recuperação de empresas em tabelas. Autor de diversos periódicos nacionais e estrangeiros. Email:LGOMESA@GMAIL.COM

ABSTRACT: Within the scope of the present academic endeavor, a meticulous investigation was conducted regarding the principle of patrimonial autonomy, encompassing its conceptual definition, scrutiny of its historical lineage, and a thorough examination of its irreplaceable significance within the current normative framework. Subsequently, this study directed its focus toward the intricate matter of disregarding legal entity status, with a rigorously exegetic exploration of its historical roots, the legal consequences of its application, and a detailed dissection of the various theories that surround its legal context. Concluding the purpose of this work, particular attention was given to the concerning phenomenon of the banalization of legal entity status within the current legal landscape, delving into the deleterious implications that this reality brings forth and thoroughly exploring the avenues and imperatives essential for the restoration of the full force of the principle of patrimonial autonomy, which is indispensable to the legal order. I hope this summary meets your expectations in terms of formality and complexity. If you would like any adjustments or additions, please let me know.

Keywords: patrimonial autonomy. disregard of legal entity status. major theory. minor theory. banalization.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sobre o Regime de responsabilidade limitada dos sócios: construção histórica e social do instituto. 3. Desconsideração da personalidade jurídica como exceção a autonomia patrimonial. 4. Da banalização da desconsideração da personalidade jurídica. 5 Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o regime de responsabilidade limitada dos sócios e acionistas. Sendo a delimitação do tema a desconsideração da personalidade jurídica e a banalização do instituto

sob a ótica da função social da empresa e a manutenção da atividade empresária.

O problema de pesquisa é: A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica de forma imoderada infringe os princípios da manutenção a atividade empresária e a função social da empresa?

Tendo, deste modo, como objetivo geral do estudo, interpretar a desconsideração da personalidade jurídica consonantemente aos princípios da função social da empresa e a manutenção da atividade empresária. Este estudo tem como objetivos específicos avaliar se a desconsideração da personalidade jurídica se tornou um fenômeno banalizado, analisar os potenciais repercussões decorrentes dessa banalização, discutir a importância da preservação da atividade empresarial e argumentar a favor da manutenção da responsabilidade limitada, considerando a função social da empresa como premissa fundamental.

Em síntese, ao se analisar a desconsideração da personalidade jurídica, se deslinda uma multiplicidade leis em relação ao tema, que ao nos aprofundarmos, vislumbramos que além desta variedade legislativa, existem profusas divergências doutrinarias quanto a aplicabilidade do instituto. Diante disso, insurge ao presente trabalho, a necessidade de interpretar normas concernentes ao assunto, para evitar a insegurança jurídica e a preservar os princípios da função social e empresa e a manutenção da atividade empresária.

Tendo como hipótese, a suposição de que a aplicação genérica da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica em detrimento da teoria maior infringe os princípios supracitados. Frente a isto, fez-se o artigo de forma teórica, a fim de analisar a desconsideração da personalidade jurídica, utilizando-se de meios bibliográficos e jurisprudenciais para amparar as perspectivas que surgiram durante a pesquisa.

Utilizando-se, portanto, de uma metodologia qualitativa, por permitir a análise das percepções e opiniões de autores e doutrinadores a respeito da banalização da desconsideração da personalidade jurídica. Abordando, assim, a pesquisa de forma descritiva,

objetivando descrever de forma clara e precisa o fenômeno em estudo, no caso, a banalização da desconsideração da personalidade jurídica. Através da utilização da pesquisa bibliográfica, foi possível selecionar fontes confiáveis e relevantes para a descrição do fenômeno em questão. O presente trabalho adota um método dedutivo para analisar a problemática da desconsideração da personalidade jurídica e sua relação com os princípios da função social da empresa e a manutenção da atividade empresarial.

Inicialmente, são apresentados os princípios gerais da autonomia patrimonial e da responsabilidade limitada, que fundamentam o instituto da personalidade jurídica. A partir dessas premissas, são estabelecidas hipóteses e argumentações que sustentam a necessidade de manter a empresa como entidade autônoma, protegendo-a de eventuais abusos na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Ante o exposto, estruturou-se o presente trabalho em quando capítulos. Abordando, no primeiro, o regime de responsabilidade limitada, sua história e necessidade, discutindo sobre suas vantagens e desvantagens, bem como sua evolução histórica desde sua germinação. No segundo capítulo, fora abordado a desconsideração da personalidade jurídica como exceção à responsabilidade limitada, conceituando-a, e discorrendo sobre sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, além de suas implicações jurídicas e econômicas. Já no terceiro capítulo, versou-se sobre a banalização da desconsideração da personalidade jurídica, aludindo sobre a aplicação impropria e imoderada do instituto, arguindo, deste modo, as deletérias consequências ao ambiente empresarial. Em desfecho, no quarto capítulo, defendeu-se os princípios da manutenção da atividade empresarial e a função social da empresa como sustentáculos à responsabilidade limitada e a autonomia patrimonial.

2 SOBRE O REGIME DE RESPONSABILIDADE LIMITADA DOS SÓCIOS: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL DO INSTITUTO

A autonomia patrimonial insurge como princípio incontestável no direito empresarial, encontrando respaldo legal em diversos artigos de nosso ordenamento jurídico, sendo definido expressamente no art. 49-A do Código civil (CC), que dispõe: "A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores". (Brasil, 2002)

2.1. CONCEITUAÇÃO E ORIGEM DA RESPONSABILIDADE LIMITADA

O Gladston Mamede (2023) afirma que essa ideia de autonomia patrimonial surge da personificação das sociedades, ou seja, da concepção de que a pessoa jurídica é uma pessoa com existência própria e distinta dos seus sócios, e não mero ente despersonificado e fictício como no imaginário popular.

Contudo, deve-se entender a origem dessa personificação. Nesse sentido, Pablo Stolze (2022) discorre sobre três teorias que se divergem sobre a existência da pessoa jurídica, são elas: a Teoria da ficção, da realidade objetiva e da realidade técnica.

A primeira tem por conceito a ideia de pessoa jurídica como mero ser fictício gerado pelo direito, um ente abstrato criado pela lei, sem nenhuma existência social. Fundada na ideia de que somente sujeitos dotados de vontade constituiriam pessoas reais.

A segunda, em detrimento a da ficção, sustenta que a pessoa jurídica existe concretamente, de forma real e adjacente aos indivíduos, sem nenhuma distinção.

Por fim, a teoria da realidade técnica surge como um meio harmônico entre as respetivas teorias, sendo adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro no art. 45 do CC. Defende esta teoria que as pessoas

jurídicas existem, mas não de forma concreta, mas como meio de atingir determinados fins, mediante a sua admissão pelo direito.

Ressalta Marcelo Sacramone (2023) que a separação patrimonial não se confunde com a limitação de responsabilidade. A autonomia patrimonial refere-se à separação do patrimônio dos sócios, enquanto a limitação de responsabilidade está relacionada à extensão da responsabilidade dos sócios pelas dívidas e obrigações da sociedade.

Nas sociedades com responsabilidade ilimitada, como as sociedades em nome coletivo, todos os sócios são responsáveis ilimitadamente pelas obrigações sociais. Já nas sociedades com responsabilidade limitada, como a sociedade limitada e a sociedade anônima, a responsabilidade dos sócios fica limitada ao capital social e ao valor de suas cotas, respectivamente.

Para que exista a autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidade, é necessário o cumprimento de requisitos legais, sendo o principal deles o registro dos atos constitutivos da sociedade no órgão competente. O registro confere personalidade jurídica à sociedade e possibilita o uso da autonomia patrimonial para fins lícitos.

Assim, afirma Marlon Tomazette (2023, p. 113):

> No sistema brasileiro, a personalidade jurídica das sociedades nasce com o registro dos atos constitutivos no órgão competente (art. 985 do Código Civil de 2002). Sem tal registro, não importa se exista ou não o ato constitutivo, não se pode falar em personificação da sociedade, mas em sociedade em comum, ou eventualmente em sociedade em conta de participação. Ora, não se tratando de uma pessoa jurídica, não há que se cogitar de autonomia patrimonial, não havendo a possibilidade do uso desta autonomia para fins escusos.

Isso acontece pois, assim como se exige nas pessoas físicas requisitos para sua existência, isto é, o nascimento com vida, nas

sociedades não seria diferente, assim exsurge a personificação como pressuposto de existência, afim de incentivar a atividade empresarial regular.

Nesse sentido, André Santa Cruz (2016) define a autonomia patrimonial como uma sanção positiva, assim, o Governo consagra a limitação de responsabilidade, a depender do tipo societário, pretendendo, além da mitigação de riscos, a maior regularidade das sociedades.

Frente a tais indagações, entende-se que a responsabilidade limitada e autonomia patrimonial são meios, ou melhor, princípios que pretendem auxiliar a atividade empresária, mitigando os riscos inerentes à atividade.

Sob o aspecto histórico, Tarcisio Teixeira (2023) afirma que os primeiros indícios de sociedades regulares surgiram na Inglaterra durante a Revolução Industrial, com a introdução das Sociedades Anônimas. Já a sociedade limitada surgiu um século depois, na Alemanha do século XIX. A limitação de responsabilidade foi uma forma de estimular o desenvolvimento das atividades empresariais de pequeno porte, evitando o risco excessivo para o patrimônio pessoal dos sócios.

Nessa toada discorre Gladston Mamede (2022, p.232):

> Com o objetivo de estimular investimentos produtivos, em oposição à segurança do entesouramento de valores, evoluiu o Direito para estabelecer tipos societários nos quais não há responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações sociais não adimplidas pela sociedade. Dessa maneira, assegurou aos interessados que o investimento em atividades produtivas teria por único risco a perda do capital investido, nunca o comprometimento do patrimônio pessoal. Esse movimento consolidou-se no século XIX, numa disputa entre Estados Unidos, França, Inglaterra e Alemanha por investimentos, levando-os não apenas a ampliar o poder privado de explorar

> atividades negociais por meio de corporações privadas, mas prevendo a figura da limitação de responsabilidade. Esse movimento contemplou, primeiro, as companhias (sociedades por ações), alcançando depois as sociedades contratuais.

Os autores Henrique Lana e Eduado Pimenta (2014) asseguram que a limitação de responsabilidade surge nessa época como forma de estimular o desenvolvimento das atividades empresárias de pequeno porte. Obstando o risco considerado exacerbado que a ilimitação de responsabilidade trazia ao patrimônio pessoal do socio.

Isto posto, compreende-se que a limitação de responsabilidade possui um papel fundamental no direito empresarial e está intimamente ligada à autonomia patrimonial das sociedades, buscando mitigar os riscos inerentes à atividade empresarial e estimular o desenvolvimento econômico.

2.2 DO APARECIMENTO DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NO BRASIL

Com o desenvolvimento econômico mundial, decorrente de uma economia em progressiva globalização, presumir-se-ia que o regime de responsabilidade limitada de alguma forma também chegaria ao Brasil. Assim, afirma Marlon Tomazzete (2023) que historicamente já se notava um princípio de autonomia patrimonial em 1850, com o advento do código comercial, ainda que a época não existisse reconhecimento expresso da personificação das sociedades, assim dispondo: "Art. 298 - Os sócios das companhias ou sociedades anônimas não são responsáveis a mais do valor das ações, ou do interesse por que se houverem comprometido." (Brasil, 1850).

No entanto, o Bruno Salama (2017) preconiza que, inicialmente, a responsabilidade limitada estava restrita às sociedades anônimas, conforme previsto no Código Comercial de 1850. Esse regime era

considerado burocrático e oneroso para pequenas e médias empresas, devido às exigências de constituição e ao número mínimo de sócios.

Essa burocracia se fundamenta na própria complexidade e nos altos custos inerentes a essas sociedades, devido à exigência vigente na época, que impunha a necessidade de constituir uma sociedade com pelo menos sete sócios, sob o risco de responsabilidade solidária. Outrossim, para a constituição das sociedades anônimas era necessária aprovação pelo Estado, como assentava o art. 295 do Código Comercial de 1850:

> Art. 295 - As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado, e com autorização do Governo, dependente da aprovação do Corpo Legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio: e devem provar-se por escritura pública, ou pelos seus estatutos, e pelo ato do Poder que as houver autorizado. (Brasil, 1850)

Além da Sociedades Anônimas, à época também se permitia, segundo Mamede (2022), a constituição de sociedade em comandita simples, mas que também não solucionava o problema da mitigação de riscos pretendida pelos empreendedores.

Frente a isto, em 1919, o Decreto 3.708 denominado decreto das limitadas, permitiu a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada no Brasil, que assim assentava: "Art. 1º Além das sociedades a que se referem os arts. 295, 311, 315 e 317 do Código Commercial, poderão constituir-se sociedades por quotas, de responsabilidade limitada." (Brasil, 1919, p. 1)

Bruno Salama (2017) retrata que o referido decreto surgiu após inúmeras tentativas de concretização deste tipo societário no país, pois na mesma década pretendeu-se editar um modelo de novo

código comercial, em 1912. Contudo, devido a morosidade legislativa, preferiu-se transformar a ideia no sucinto decreto 3.708/1919, com apenas 19 artigos. Ainda com essa resumida disposição, segundo Silvio de Salvo Venosa (2020) o decreto teve enorme função para consolidação da responsabilidade limitada no Brasil, até ser revogado pelo vigente código civil de 2002, que preferiu tratar o assunto de forma pormenorizada.

É relevante destacar que, ao abordar a questão da responsabilidade limitada, esta não se circunscreve exclusivamente às sociedades de responsabilidade limitada (LTDA), mas abrange também as sociedades anônimas e as em comanditas, considerando os diferentes regimes de responsabilidade dos sócios.

Nesse contexto, a sociedade, enquanto uma entidade distinta dos sócios, deve responder integralmente pelas obrigações decorrentes da atividade empresarial, independentemente do formato adotado, o que enfatiza a importância de uma análise cuidadosa da responsabilidade dos sócios em cada tipo de sociedade.

Nesse sentido afirma Joao Matias (2017, p. 108):

> São de responsabilidade ilimitada as sociedades em nome coletivo, caracterizadas pelo fato de que todos os seus sócios possuem responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais. São de responsabilidade limitada as sociedades limitadas e as sociedades por ações, em que todos os sócios limitam a sua responsabilidade. São consideradas sociedades de responsabilidade mista as sociedades em que existam sócios com responsabilidades ilimitada e sócios com responsabilidade limitada, como as sociedades em comandita simples, sociedades em comandita por ações e sociedades em conta de participação. Destaque-se que a responsabilidade que serve de parâmetro para diferenciar as sociedades é a dos sócios, uma vez que a sociedade em si, como pessoa distinta dos sócios, deve responder integralmente

> pelas obrigações decorrentes da atividade negocial, seja qual for o seu formato.

Dessa forma, ao longo do tempo, a limitação de responsabilidade foi se consolidando no Brasil, desde as disposições iniciais do código comercial de 1850 até a consagração do código civil de 2002, que tratou do assunto de maneira mais abrangente.

2.3 DA NECESSIDADE DA RESPONSABILIDADE LIMITADA PARA A ATIVIDADE EMPRESÁRIA

Além de entender a origem da responsabilidade limitada, deve-se saber o quão necessário é a sua existência para o desenvolvimento econômico e empresarial, assim como para o bem-estar social.

Marcelo Lauar Leite (2016) vislumbra a necessidade do exercício intelectual sobre os meios de incentivos e atrações de investimento ao Brasil em meio a essa crise alarmante, que se perfaz mediante a um cenário de recessão histórica no país.

Diante disso, cumpre aqui discorrer sobre a intrínseca relação entre a limitação de responsabilidade e o desenvolvimento socioeconômico, entendo essa limitação como meio eficaz de incentivo ao empreendedorismo.

De início, insta salientar que a atividade empresária não pode mais ser observada sob um prisma meramente individualista, pois ela atualmente se encontra envolta de diversos outros fatores econômicos e sociais. Tendo a própria CF/88, em seu art. 170, fundado sua ordem econômica nos princípios da livre iniciativa e no trabalho humano, assegurando a justiça social, e resguardando no mesmo patamar da livre concorrência, os direitos sociais.

Nesse sentido, Ana Frazão (2017) aufere uma quebra de paradigma, onde não se reconhece mais o lucro ao acionista como o único fim da empresa. Pois além da fruição individual, pretende-se com a atividade empresarial resguardar toda a atividade econômica e

aqueles que se participam dela, como trabalhadores e consumidores. Davi Lorenzi (2014) defende que as empresas possuem um papel social tão fundamental, que se criam novas perspectivas sobre sua função, entendendo uma nova concepção denominada de stakeholders.

Essa concepção de stakeholders surgiu para compreender a função social das empresas, reconhecendo que qualquer mudança na estrutura societária afeta os grupos envolvidos ou afetados pelos objetivos organizacionais.

Dessa forma, o perfil funcional de uma empresa não pode mais ser visto apenas sob a perspectiva da distribuição de dividendos, mas sim sob uma abordagem que englobe aspectos sociais, considerando que qualquer alteração na estrutura societária afeta de forma reflexiva os grupos que se beneficiam ou dependem da atividade da empresa. Decorre, a partir desta intrínseca relação da atividade empresarial e o interesse social, a pretensão de desenvolvê-la. Sendo assim, a sociedade limitada cumpre um papel indispensável para este desenvolvimento, fomentando o empreendedorismo

Sobre a importância da responsabilidade limitada para o desenvolvimento empresarial, entendem Henrique Alana e Eduardo Pimenta (2013, p. 168):

> Em que pesem as notórias adversidades inerentes ao sucesso na atividade empresarial brasileira, tais como alta carga tributária e questões trabalhistas, a Sociedade Limitada implica resultados econômicos à própria dinamicidade da economia do país por proporcionar maximização da riqueza, via incentivos aos médios e pequenos investidores. A limitação de responsabilidade, nas Sociedades Limitadas, funciona como o mais evidente incentivo positivo ao empreendedorismo

É fundamental salientar que a responsabilidade limitada estabelece um ambiente propício para o surgimento e crescimento

das empresas. Isso se deve à sua capacidade de permitir que empreendedores assumam riscos de maneira controlada, sem comprometer seu patrimônio pessoal. Esse cenário, por sua vez, não apenas fomenta a criação de novos empreendimentos, mas também impulsiona a atividade econômica de modo abrangente. Além disso, a responsabilidade limitada contribui para a segurança jurídica, uma vez que os sócios têm clareza sobre os limites de suas obrigações financeiras. Isso promove a confiança nas relações empresariais e facilita a captação de investimentos e crédito, já que investidores têm a garantia de que seus riscos estão devidamente limitados pelo capital investido.

A mitigação de risco tal qual a segurança jurídica como fator de investimento não é mera concepção hipotética, uma vez que em todas as atividades o risco é auferido como meio contabilizado e precificado. Tal noção é tão evidente, que o brasileiro médio prefere, na maioria das vezes, procurar cargos públicos e investimentos de baixo risco, como o tesouro direto, nas palavras de Marcelo Lauar Leite (2016, p. 10):

> Nesse mar de dificuldades, defender relações juridicamente estáveis para quem cogita investir não pode ser um mero jargão. Não – pelo menos – quando em torno de dez milhões de brasileiros estejam se preparando para disputar vagas em concursos públicos ao invés de aportar seus intelectos, talentos, ideias e forças de trabalho em prol da inovação e geração de riquezas; não quando o Tesouro Nacional garante, com risco irrisório e simplificadamente, o pagamento de juros anuais de 11% a quem lhe emprestar dinheiro.

Conforme destacado por João Matias (2017), a relevância do regime de responsabilidade limitada se evidencia pelo fato de que as sociedades anônimas e as LTDA representam 99,99% dos tipos

societários registrados no Brasil, o que ressalta a importância da limitação de responsabilidade proporcionada por essas modalidades.

Em síntese, essa perspectiva reforça a ênfase no benefício coletivo, priorizando o interesse da sociedade dependente da atividade econômica sobre os direitos individuais dos credores.

Assim afirma Marlon Tomazette (2023, p. 110):

> Cria-se um ente autônomo com direitos e obrigações próprias, não se confundindo com a pessoa de seus membros, os quais investem apenas uma parcela do seu patrimônio, assumindo riscos limitados de prejuízo. Esta limitação de prejuízo só pode ser reforçada com as sociedades de responsabilidade limitada (sociedade anônima e sociedade limitada), as mais usadas atualmente no país. As sociedades personificadas são, pois, uma das chaves do sucesso da atividade empresarial, proliferando-se cada vez mais como o meio mais comum do exercício das atividades econômicas. Trata-se de um privilégio assegurado àqueles que se reúnem e desenvolvem conjuntamente determinada atividade econômica. "A atribuição da personalidade corresponde assim a uma sanção positiva ou premial, no sentido de um benefício assegurado pelo direito – que seria afastado caso a atividade fosse realizada individualmente – a quem adotar a conduta desejada." Este prêmio, este privilégio que é a pessoa jurídica, não existe apenas para satisfazer as vontades e caprichos do homem, e sim para atingir os fins sociais do próprio direito

Essa valorização da sociedade de responsabilidade limitada não se limita apenas ao contexto brasileiro ou a um idealismo formal. De acordo com um estudo do Banco Mundial (2004), países que possuem regimes de responsabilidade limitada mais robustos apresentam uma taxa de empreendedorismo mais elevada e oferecem um ambiente mais propício para o estabelecimento de novos empreendimentos.

No entanto, é importante ressaltar que a proteção conferida pela responsabilidade limitada não deve ser utilizada de forma abusiva. Em casos de abuso, pode ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica, que permite responsabilizar os sócios por obrigações da empresa em determinadas circunstâncias específicas. Portanto, a responsabilidade limitada é essencial para o desenvolvimento empresarial, proporcionando um ambiente favorável ao empreendedorismo, impulsionando a atividade econômica e promovendo a segurança jurídica, desde que seja exercida de forma ética e responsável.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA COMO EXCEÇÃO A AUTONOMIA PATRIMONIAL

Ainda que a Responsabilidade Limitada possua um caráter indispensável à atividade empresarial, evidente é a possibilidade de sua utilização de modo impróprio ao seu desígnio. Pois, mediante a limitação de responsabilidade conferida pela sociedade, alguns sócios utilizam-na para cometer múltiplas fraudes, compreendendo que seu patrimônio não será atingido.

Portanto, a desconsideração da personalidade jurídica pulula como uma medida excepcional diante da proteção proporcionada pela responsabilidade limitada, facultando a desqualificação da salvaguarda patrimonial dos sócios quando suas condutas se contrapõem aos interesses da sociedade.

3.1 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: CONCEITO E HISTÓRIA

Afirma Fábio Ulhoa Coelho (2011) que a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto que permite afastar a proteção conferida à pessoa jurídica quando verificada a ocorrência de fraudes por parte dos sócios. Essa medida é vista como um contrapeso à

limitação de responsabilidade oferecida pela personalidade jurídica, suspendendo temporariamente o véu que a envolve.

Portanto, como dispõe Tarcisio Teixeira (2023), a desconsideração forma-se a fim de adequar a pessoa jurídica ao fim a qual ela foi destinada, a fim de obstar práticas abusiva por parte dos sócios ou administradores. Tendo seu berço na Inglaterra no caso Solomons x Solomon Co, ainda denominada como *disregard doctrine*.

Em relação ao instituto no Brasil, afirma Marlon Tomazette (2023, p. 111): "No Brasil, devemos dar destaque especial ao artigo de Rubens Requião, publicado em 1969, com o título Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica."

É relevante destacar que a desconsideração da personalidade jurídica não implica na anulação ou extinção da pessoa jurídica, mas apenas na sua suspensão temporária, com o propósito de resguardar o bem legalmente tutelado. Nesse contexto, a própria pessoa jurídica, que foi desviada por ações fraudulentas do sócio, é preservada. Portanto, os atos realizados e a própria existência da pessoa jurídica permanecem inalterados mesmo diante da desconsideração da personalidade jurídica. Desse modo, é imperativo destacar que os atos praticados e a própria existência da pessoa jurídica permanecem inalterados perante a desconsideração da personalidade jurídica. Unicamente o ato específico é sujeito à ineficácia da separação da personalidade, desde que haja comprovação de abuso de direito.

Assim como destaca Fabio Ulhoa Coelho (2011, p. 154): "A desconsideração da pessoa jurídica não atinge a validade do ato constitutivo, mas a sua eficácia episódica. Uma sociedade que tenha a autonomia patrimonial desconsiderada continua válida, assim como válidos são todos os demais atos que praticou".

Nota-se que o requisito de abuso é sempre citado. Ora, se a desconsideração ocorre mediante a verificação de que determinado ato não fora tomado pela sociedade, mas sim por uma pretensão de satisfação pessoal do sócio, por óbvio que o abuso de personalidade seria requisito de sua aplicação. Exceto nos casos abarcados pela teoria menor, que será tratada mais à frente.

Frente a isto, Marlon Tomazette (2023) dispõe que autonomia patrimonial é dotada de uma valia altíssima ao direito, sendo assim, quando se encontrar conflitante com outros valores, ela majoritariamente deve prevalecer. Pois o progresso econômico ocasionado ela autonomia patrimonial se sobressai a satisfação individual do credor.

Portanto, torna-se evidente que, devido ao inegável valor atribuído pela ordem jurídica à limitação de responsabilidade, é necessário ponderar os bens jurídicos protegidos, respeitando os requisitos inerentes à desconsideração da personalidade jurídica. Nesse contexto, surgem teorias que visam delimitar os requisitos para a aplicação desse instituto, sendo elas a Teoria Maior e a Teoria Menor.

3.2 TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Como visto, a desconsideração da personalidade jurídica insurge da própria autonomia patrimonial, como uma exceção para atingir o patrimônio dos sócios, quando verificado o abuso de personalidade. A requisição do abuso de personalidade como fundamento à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica apresenta-se doutrinariamente como Teoria Maior. Uma perspectiva teórica, absorvida pelo nosso ordenamento que se edifica na impreteribilidade da comprovação de determinados requisitos. O Gladston Mamede (2022) dispõe que em virtude da adoção da Teoria Maior da Desconsideração, torna-se necessária a comprovação do desvio de finalidade ou a demonstração de confusão patrimonial. É necessário, portanto, comprovar que alguém, sócio ou administrador, praticou ato reconhecido como fraudulento ou abusivo. Cinde a respectiva Teoria na exclusiva excepcionalidade da desconsideração perante a responsabilidade limitada, estipulada somente quando a finalidade do direito se desvirtua, não surgindo somente da mera insatisfação creditória.

Silvio de Salvo Venosa (2022, p. 110) assim afirma:

> A personificação das sociedades é a chave do sucesso da atividade empresarial e, consequentemente, dotada de fundamental valor para o ordenamento jurídico. O interesse colimado com a personificação – progresso e desenvolvimento econômico – só cederá espaço quando a finalidade social do direito e não simplesmente o interesse do credor for lesado.

O artigo 50 do Código Civil, alterado pela Lei nº 13.874/2019, é o centro dessa teoria, pois estabelece os requisitos e fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica. O referido dispositivo descreve os requisitos de abuso da personalidade jurídica, como o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

O art. 50 do CC descreve os requisitos da seguinte forma:

> **Art. 50.** Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Brasil, 2002)

Portanto, qualifica-se como requisito da desconsideração da personalidade jurídica o abuso de personalidade, que se comprova mediante o desvio de personalidade ou a confusão patrimonial. Assim, deve-se discorrer especificamente sobre cada requisito, a fim de se deslindar os seus conceitos e aplicabilidade perante o ordenamento.

Primeiramente, abordar-se-á a questão da confusão patrimonial, cuja própria nomenclatura já sugere a sua definição. Conforme

Tarcisio Teixeira (2023), a confusão patrimonial se configura pela própria mistura indissociável do patrimônio da sociedade com o dos sócios. Sobre o conceito de confusão patrimonial, aponta João Pedro Scalzilli (2015, p. 88):

> (i) A situação fática em que os meios de produção que compõem o patrimônio da sociedade foram desviados da sua função produtiva e se acham alocados na esfera de outrem, que os utiliza em detrimento do seu titular (em prejuízo, portanto, da função de produção) e daqueles que com ele negociam (em prejuízo da função de garantia, especialmente se considerarmos que a melhor garantia para os credores é a própria capacidade de a empresa produzir resultados. (ii) A situação fática em que a pessoa jurídica se vale do patrimônio de um terceiro, seja porque foi inadequadamente capitalizada, ou porque lhe faltaram recursos no curso da exploração da empresa e estes foram transferidos em desrespeito às fórmulas legalmente admitidas.

O parágrafo 2º do art. 50 do CC, exemplifica algumas possibilidades que configuram essa promiscuidade patrimonial, são elas:

> **I** - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;
> **II** - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e
> **III** - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial
> (Brasil, 2002)

Ressalta-se que, pela própria letra do inciso III do referido dispositivo, outras formas de confusão patrimonial podem ser contempladas, uma vez que o rol apresentado é meramente exemplificativo. Isto é, ainda que determinada conduta não esteja expressamente configurada em uma das hipóteses deste artigo, caso seja comprovada essa promiscuidade material, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica a fim de adequar o objeto pretendido pelo direito.

Defende Marlon Tomazette (2023) que a configuração da confusão patrimonial deve ser minunciosamente verificada, pois, em alguns caso, o adimplemento de obrigações é característico da atividade negocial, nesse sentido, somente pode se configurar a desconsideração caso se aponte o efetivo abuso de personalidade.

O autor ainda afirma que a tomada do caixa da sociedade e a indivisibilidade entre os bens da sociedade e dos sócios se mostra característica da atividade empresarial brasileira, algumas vezes por abuso, outras por simples ignorância, prática que deve ser coibida, mas que não pode ser tomada como regra que vede o próprio fluxo econômico, sendo imprescindível apontar o efetivo prejuízo a sociedade, a fim de não desvirtuar a desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, a lei predispõe a necessidade do apontamento do critério sucessivo das do adimplemento das obrigações, impossibilitando a desconsideração frente a um esporádico cumprimento obrigacional. E, de igual modo, também dispõe sobre a imprescindibilidade do ato promover significativamente uma diminuição do patrimônio da empresa, sem obter uma efetiva contraprestação.

Outra possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica conforme a teoria maior é o desvio de finalidade, prevista no inciso I do art. 50 do CC que assim discorre: "§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza." (Brasil, 2002). Por esse dispositivo, se entende o desvio de finalidade como um ato doloso tomado pelo socio, Gladston Mamede

(2022) defende que o desvio de finalidade se consubstancia em um ato doloso praticado, sendo assim, um ato manifesto e consciente a fim de praticar atos ilícitos que não compatibilizam com a atividade empresária.

Se compreende, portanto, o desvio de finalidade como a própria ideia original da desconsideração da personalidade jurídica, que se consubstancia na imputação do ato fraudulento aquele que o praticou, tendo em vista que este não foi tomado pela sociedade em busca de seu objeto finalístico. Nessa toada, afirma Tarcísio Teixeira (2023) que o desvio de personalidade surge da evidente intenção da pratica de ato fraudulento, não sendo considerado desvio quando a sociedade apenas se desvia do seu objeto social sem intenções ilícitas.

Essa exigência de comprovação de ato comissivo fraudulento para a configuração do desvio de finalidade encontra-se expressamente estabelecida no Código Civil, com sua alteração promovida pela Lei de Liberdade Econômica. que no §5º do art. 50 dispõe: "Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica."

Essa disposição legal, juntamente com a revogação do parágrafo único do artigo 1015 do Código Civil, denota o esforço do legislador em proibir a responsabilização de sócios e administradores por atos diferentes dos previstos no contrato social. Reconhecendo, portanto, a dinamicidade da atividade econômica e considerando a possibilidade de a sociedade realizar atos benéficos, mesmo que não estejam estipulados no contrato social, a depender do caso.

A jurisprudência ao passar dos anos vem consoante a esta ideia, requerendo a comprovação da efetiva fraude para assim retirar o véu da personalidade, eis um exemplo em que o STJ assim entendeu:

> EMENTAEMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE

> FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO. 1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial. 2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil. 3. Embargos de divergência acolhidos. (Brasil, 2014)

No caso, entendeu o superior tribunal de justiça pela necessidade de comprovar o dolo a fim de se prevalecer de atividade ilícita, assim, a dissolução irregular da sociedade por si só não poderia configurar meio de responsabilização dos sócios, sendo a desconsideração da personalidade jurídica um meio extremo e excepcional.

Conclui-se, portanto, que a desconsideração a luz da teoria maior se tem por requisitos empedernimos para sua configuração, sendo medida excepcional. Contudo, como dito em momento anterior, não é a única hipótese de configuração da desconsideração, tendo a teoria menor, respaldo legal em nosso ordenamento.

3.3 TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Em contrapartida a teoria maior e seus requisitos quando a desconsideração da personalidade jurídica, a teoria menor surge como meio oposto ao ideal excepcionalíssimo da desconsideração, configurando um meio mais célere para o adimplemento de obrigações. De acordo com Marlon Tomazette (2023) a teoria menor baseia-se no mero inadimplemento da sociedade e na insuficiência de bens para adimplemento da respectiva obrigação. Neste caso, o credor poderá requerer a desconsideração para sanar a dívida, independentemente dos requisitos levantados pela teoria maior. O autor ainda defende que esta teoria se sustenta na desproporcionalidade nas relações entre a sociedade e o credor, portanto, o risco da atividade não poderia recair ao mais vulnerável da relação, devendo o socio responder pelas dividas da sociedade. Essa informação é corroborada pelo fato de que a Teoria Menor só tem respaldo legal em legislações específicas e protetivas em relação a determinadas classes, grupos ou direitos, como o direito do consumidor, direito ambiental e direito econômico.

Marcelo Sacramone (2023) ressalva que a teoria menor não pode alguma ser trazida as relações empresariais, pois estas presumem igualitárias, sendo a teoria maior a única possível de ser utilizada em âmbito empresarial, restando a teoria menor as relações jurídicas dispersas em nosso ordenamento.

A jurisprudência tem entendido justamente pela excecionalidade da teoria menor, configurando-a, somente quando há legislação especifica em que permita que seja aplicada, colocando a teoria maior como regra no ordenamento.

Assim entendeu o STJ:

> Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa.

Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos

> no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos. (Brasil, 2004)

Em síntese, o acordão em epigrafe aponta a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica apenas pelo inadimplemento no caso de relação consumerista, mas indica como medida excepcional, vislumbrando a teoria maior como regra no ordenamento brasileiro.

Em relação à positivação da teoria menor, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi pioneiro ao incorporá-la ao sistema jurídico brasileiro, assim dispondo em seu art. 28:

> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
> § 1° (Vetado).
> § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
> § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
> § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.
> § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (Brasil, 1990)

Por esse dispositivo, entende-se a intenção do legislador a época em proteger os consumidores, desta forma, Gladston Mamede (2023) afirma que essa proteção tem aplicação restrita a situações excepcionais em que se mostra necessário proteger bens jurídicos de patente relevo social e inequívoco interesse público. Essa redação prevista no CDC muito se assemelha com a posta na legislação ambiental (Lei 9.695/98), onde se define a desconsideração pelo mero inadimplemento, assim dispondo: "Art. 4ª "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente". (Brasil, 1998)"

Vanessa Marão Pollazzon (2009) defende que o artigo possibilita a desconsideração independentemente de culpa, excesso de poder, fraude ou abuso de direito, sendo necessário somente a insuficiência da pessoa jurídica para reparar os prejuízos causados por ela. A autora sustenta que a legislação prevê a teoria menor para crimes ambientais em face do bem tutelado, que é o meio ambiente, considerado como bem de uso comum do povo, deste modo, a defesa jurídica garantida pela autonomia patrimonial não pode prevalecer sobre a coletividade defendida.

Outra possibilidade de aplicação da teoria menor é no direito concorrencial, mais especificamente na legislação antitruste (Lei n. 12.529/2011), que em seu art. 34 dispõe:

> Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (Brasil, 2011)

Segundo Eduardo Gaban (2022) a redação do artigo traz a possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica independentemente do abuso de personalidade.

Diante disso, poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica pelo mero inadimplemento, afastando até mesmo a figura do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) previsto no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), por se tratar de lei específica.

Denota-se importante conceituar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, por ser uma inovação significativa trazida pelo novo código de processo civil.

Tratada nos arts. 133 a 137 do CPC/2015 (Lei n 13.105/ 2015.), se compõem como uma forma de intervenção de terceiro, isto é, um meio de intervenção no processo por alguém que não seja parte originária no processo.

De acordo com Leonardo Greco (2023) o IDPJ surge em face da constitucionalização do direito privado, permitindo com que os sócios tenham o direito de ampla defesa e contraditório respaldado pela constituição brasileira, sendo uma inovação de suma importância para a segurança jurídica. Assim, o incidente possibilita a desconsideração de forma incidental no bojo do processo, porém, faz-se necessário comprovar os requisitos estipulados pelo artigo 50 do Código Civil. Ademais, é imperativo garantir o devido contraditório, permitindo que o sócio em questão possa contestar a alegação de abuso e demonstrar sua inexistência. No entanto, apesar de a teoria menor afastar os requisitos relacionados ao abuso de personalidade, não se pode afirmar que ela promove um completo desregramento no que tange à desconsideração da personalidade jurídica.

Marlon Tomazette (2023) entende a teoria menor como uma possibilidade mais vasta de desconsideração, mas sem abstrair seus fundamentos, não excluindo pela totalidade a autonomia patrimonial, mas a aplicando-a quando a personalidade jurídica for óbice ao justo ressarcimento dos credores. Contudo, mesmo que se argumente que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica com base na teoria menor deva ocorrer somente quando houver

legislação específica, a Justiça do Trabalho tem utilizado esse conceito principalmente devido à vulnerabilidade do empregado.

Assim discorrem as autoras Claudia Viegas e Samanta Moreira (2016, p. 217):

> Todavia, a Justiça Laborista, calcando-se no princípio da proteção do empregado, desconsidera a personalidade jurídica dos sócios tão somente em face da insolvência da sociedade, justificando-se na ampliação da garantia de recebimento dos créditos trabalhistas, favorecendo, com isso, o obreiro, parte materialmente mais fraca da relação de emprego. Os defensores de tal procedimento alegam que, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção do trabalhador, da assunção dos riscos pelo empregador e da natureza alimentar das verbas trabalhistas, o § 5º do art. 28 do CDC é fundamento legal suficiente para desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empregadora no Direito do Trabalho, sobretudo, levando a efeito a hipossuficiência do empregado frente ao empregador. Nessa toada, ante a ausência de bens da pessoa jurídica, capazes de satisfazer a dívida trabalhista, responderiam os sócios pelo saldo, hipótese especial no Processo do Trabalho, em face do privilégio assegurado ao crédito. Importa mencionar que parte da doutrina e da jurisprudência aponta a existência de uma teoria própria do Direito do Trabalho, a qual, por si só, possibilitaria a desconsideração da personalidade jurídica. Cuida-se da Teoria do Risco da Atividade Econômica, pela qual o empregador assume o risco de eventual prejuízo advindo da atividade empresária (art. 2º da CLT).

Diante disso, Bruno Salama (2017) defende a existência de um esfacelamento da desconsideração da personalidade jurídica, em

face da trivialização do instituto, o vislumbrando como uma regra de aplicação, e não mais uma excepcionalidade.

4 DA BANALIZAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como visto, a desconsideração da personalidade jurídica surge como meio excepcional, destinada a retirar o véu da autonomia patrimonial quando a personalidade jurídica toma fim diverso a qual é destinada. Assim, em que pese a aplicação da teoria menor como meio de aplicação mais ampla, a sua configuração, como visto, deve ser detida em *ultima ratio*, sendo meio extremo de aplicação de responsabilidade. Entretanto, nota-se sob um aspecto critico uma aplicação mais vasta do instituto, independentemente dos requisitos do abuso de personalidade, assim, qualificando um verdadeiro esfacelamento da autonomia patrimonial.

4.1 O GRADUAL ESFACELAMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A banalização da desconsideração da personalidade jurídica se torna inegável quando observamos a realidade jurídica ideal, ou seja, aquela em que os requisitos legais devem ser rigorosamente cumpridos. Tal entendimento se denota incontestável ao se analisar a realidade fática, uma vez que, de acordo com Marcelo Lauar Leite (2020), 45% dos deferimentos de desconsideração da personalidade jurídica ignoraram os pressupostos clássicos do instituto. Gladston Mamede (2022, p. 188) também constata o mau uso do instituto, verificando uma endêmica banalização da desconsideração da personalidade jurídica, assim discorrendo:

> Contudo, um grande equívoco tornou-se endêmico no Direito brasileiro: a banalização do instituto,

> aplicando-o a partir da mera inadimplência pela sociedade de suas obrigações. É um grave erro. Creio que a desconsideração deve estar diretamente ligada ao mau uso da personalidade jurídica, não prescindindo do aferimento de dolo, abuso de direito, fraude, dissolução irregular da empresa, confusão patrimonial ou desvio de finalidade. Em suma, não é correto afirmar a desconsideração da personalidade jurídica como consequência direta da inadimplência.

Essa trivialização da autonomia patrimonial segundo o Bruno Salama (2017) não ocorreu de forma repentina, mas de forma gradual mediante paulatinas decisões judiciais e inovações legislativas que trataram o instituto como mera forma de adimplemento de obrigações. Se reconhece como marco dessa banalização a consolidação das leis do trabalho (CLT) de 1943, onde pela primeira vez se reconheceu a transferência da responsabilidade, mas desta vez sem sequer seguir os requisitos clássicos ou se pleitear por uma responsabilidade subjetiva.

Tal disposição era tratado no art, 2, § 2º, da consolidação das leis do trabalho que à época assentava:

> Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. (Brasil, 1943)

Deste modo, a legislação trabalhista trazia uma espécie de responsabilização imoderada, onde ser transmitia a responsabilidade a terceiros independentemente de culpa ou dolo, requisitos intrínsecos a responsabilização clássica. A normatização da desconsideração da personalidade jurídica fora do decreto das limitadas não se resumiu

apenas as relações trabalhistas, mas também as questões tributárias, em face do desenvolvimento econômico que o brasil passava a época.

Segundo Bruno Salama (2017), em face do aumento exponencial da atividade empresária no país, os governantes se prontificaram a disciplinar a matéria no Código Tributário Nacional, a fim de se resguardar de possíveis sonegações. Destarte, os artigos 134 e 135 do código tributário nacional (CTN) se dispôs a versar sobre a matéria, possibilitando a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito tributário, se desvinculando da normatização do decreto das limitadas.

Verifica-se essa asserção no inciso VII do art. 134 do CTN, que assenta:

> Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:
> I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
> II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
> III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
> IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
> V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
> VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
> VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. (Brasil, 1966)

Pela interpretação gramatical do artigo em questão, se aufere que sócios respondem pelos créditos tributários quando intervirem no

não pagamento do tributo, no caso de liquidação da sociedade. Nesse mesmo sentido o art. 135, inciso III do CTN disciplina:

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
> I - as pessoas referidas no artigo anterior;
> II - os mandatários, prepostos e empregados;
> III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. (Brasil, 1966)

Neste caso, atribui-se a responsabilidade aos sócios que, praticando atos gerenciais das sociedades, exercem medidas consideradas ilegais perante o fisco, ou que excedam os poderes conferidos pelo contrato social.

Essa codificação não só possibilitou a instituição do instituto da desconsideração, como simplificou a cobrança tributária a qualquer inadimplemento de obrigações referentes a tributos, uma vez que de acordo com Leonardo Parentoni (2013) a sonegação, em si, já constituiria ato ilícito. Consolidando a legalização da ilimitação de responsabilidade, surge o Código de defesa do consumidor que permitiu a responsabilização do socio pela teoria do obstáculo. Esta que se consubstancia na transmissão de responsabilidade para o socio quando a sociedade não detiver meios de adimplir a obrigação. A partir dessa configuração consumerista, insurgiram diversas outras codificações permissivas a desconsideração, tal qual ao do direito econômico e o direito econômico, que na mesma medida, permitiram a celeuma que a autonomia patrimonial hoje se encontra.

Nesse contexto, surge a chamada "teoria do obstáculo", conforme explicado por Marcelo Lauar Leite (2016). Essa teoria se baseia na ideia da autonomia patrimonial, ou seja, quando a sociedade de alguma forma impede o cumprimento da dívida, permite-se a desconsideração da personalidade jurídica para atingir os sócios.

Assim, em que pese a legitimidade da teoria menor pela sua recepção no ordenamento jurídico, não há como negar a dissonância entre a teoria do obstáculo e a intenção originaria da desconsideração, além da considerar a possibilidade de sua aplicação de forma imoderada pela jurisprudência.

4.2 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA COMO PROMOTORA AO FIM DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

De início, insta salientar que o principal condutor a aplicação da das normas e do desvio de suas atribuições incontestavelmente advém da jurisprudência, pois de acordo com Eros Grau (2021), os juízes com base em seus entendimentos invertem o sentido da norma àquilo que lhes convém, intentando uma certa "justiça", ainda que despeito dos interesses dos legisladores e legislados. Nessa toada, ao se deparar com as decisões no âmbito trabalhista, verifica-se, além das questões aqui aduzidas, outros prospectos que na mesma medida colaboram para este desregramento da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

O mais evidente deles é a aplicação da teoria menor nas execuções trabalhistas. Ora, se a teoria menor é destinada apenas a legislações que versem especificamente sobre sua aplicação, como poderia a justiça do trabalho entender por aplica-la sem que a lei o permita?

Pasmem, a interpretação para se chegar a este entendimento se baseia na aplicação subsidiaria de legislações especificas, como o CDC e o código florestal, ainda que, a legislação cível seja evidentemente a adequada para aplicação analógica conforme o art. 8º da CLT. Tais afirmações corroboram com entendimento de Marcelo Lauar Leite (2016, p. 10), que dispõe:

> Um dos reflexos mais marcantes desse fenômeno se verifica no âmbito das decisões trabalhistas. Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho

> ("CLT") não contempla norma específica acerca da desconsideração da personalidade jurídica como meio para a satisfação dos créditos laborais. Apesar disso, seu art. 8º, parágrafo único, admite o manejo do direito comum como fonte subsidiária naquilo que não lhe for incompatível, encurtando o acesso integrativo dos tribunais à fonte geral da disregard doctrine: o art. 50 do CC. Já vimos que o Código Civil estabelece um requisito claro para a declaração da desconsideração da personalidade jurídica: seu uso abusivo caracterizado por (i) desvio de finalidade ou (ii) confusão patrimonial. Pois bem. Há anos, a Justiça do Trabalho ignora solenemente a necessidade de demonstração das hipóteses requeridas pela lei geral, adotando uma presunção de abuso da personalidade jurídica e transferindo o ônus dessa prova aos quotistas, que têm a execução redirecionada contra seu patrimônio pessoal. Independentemente da causa, as Cortes trabalhistas não aplicam o art. 1.052 do CC, fazendo que a responsabilidade patrimonial dos sócios de LTDAs seja, em regra e contraditoriamente, ilimitada56. Para tanto, chegam a se albergar do art. 28 do CDC – uma norma especial –, em afronta ao art. 8º, parágrafo único, da CLT.

Vislumbra o referido autor que, essa presunção de abuso da personalidade ou até mesmo a inexistência da autonomia pela justiça laboral cumulado com a redistribuição do ônus da prova ao socio, que deve comprovar o não abuso, atribuem um ônus deveras excessivo ao empreendedor, por um entendimento jurisprudencial totalmente *contra legem*. Contudo, é perceptível que não é hodierna essa balburdia trabalhista, pois, ao se deparar com as decisões da justiça do trabalho, observa-se abundantes decisões que, na contramão do sentido da norma, ignoram todo e qualquer pressuposto a fim de resguardar o direito do trabalhador, augurando uma suposta "justiça social".

O Bruno Salama (2012) traz à tona a teratologia da justiça do trabalho em seu artigo denominado de "Menos do que o dono, mais

do que o parceiro de truco: contra a desconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio de empresa", aduzindo a forma em que os juízes trabalhistas, a qualquer custo, buscam adimplir as obrigações trabalhistas, até mesmo obrando contra o direito.

No trabalho supracitado, o autor demonstra a excentricidade da justiça laboral, que, sem qualquer contraditório ou indicio de fraude, bloqueia conta a conta de um ex-procurador de um ex-sócio de uma sociedade.

Essa concepção, em sua essência, já se mostra abusiva. Como poderia um terceiro, que sequer possui vínculo com a sociedade, ser responsabilizado sem ter o direito de contradizer os fatos alegados? Isso, portanto, desconsidera os direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.

Não obstante a introdução do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil, o qual estabeleceu a necessidade do pleno exercício do direito de defesa e contraditório, é possível observar que seu emprego tem sido, até o momento, negligenciado no âmbito da justiça do trabalho.

Segundo Salama (2012), o TST com a Instrução Normativa nº 41 tentou normatizar o instituto para a justiça do trabalho, trazendo suas formas e princípios de aplicação, que, segundo ele, chegou a alcançar certo êxito na aplicação em um primeiro momento, contudo, no decurso do tempo, deixou de ser utilizado, decaindo em obsolescência. Não é surpresa que, diante desses fatos, os casos de desconsideração da personalidade jurídica pelo rito trabalhista sejam preponderantes entre os todos os casos de aplicação do Instituto.

De acordo com o estudo do Leonardo Parentoni (2013), os casos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela justiça do trabalho alcançavam o patamar de 37% em toda a jurisprudência, abaixo somente dos casos de aplicação da teoria maior, que detinham a porcentagem de 55% de todas as aplicações. quando comparado com os índices de aplicação da teoria menor em outros contextos, como no CDC (0,7%) e na lei de crimes ambientais (0,1%).

Não obstante a essa aplicação exagerada do instituto, o referido autor continua exemplificando a forma com que a justiça do trabalho age em prol do fim da responsabilidade limitada, referindo a existência de diversas decisões em que a jurisprudência laboral aplica a desconsideração a fim de atingir sócios minoritários, que assim não ingeriram para a conduta ilícita ou que não se beneficiaram do ato fraudulento. Ressalta-se que, conforme Marlon Tomazette (2023), a desconsideração em seu sentido originário se evidencia como uma forma de transmitir a responsabilidade àqueles que agiram com intuito de fraudar a personalidade jurídica, se beneficiando do seu uso, exigindo, portanto, dolo de fraudar e obter beneficio com o ato ilícito. Nesse contexto, seria ilógico atribuir responsabilidade a indivíduos que não possuem influência na gestão da sociedade.

Leonardo Parentoni (2013), a fim de consagrar o mau uso da desconsideração da personalidade jurídica pela justiça do trabalho, põe a vista que em 91% dos casos de aplicação do instituto no âmbito trabalhista, as decisões advieram de oficio, sem solicitação expressa de qualquer das partes.

Uma afronta nítida ao princípio dispositivo, da imparcialidade e da inércia da prestação jurisdicional, posto que a desconsideração não versa sobre direito indisponível, e muito menos de matéria de ordem pública. Leonardo Parentoni (2013) conclui que essa aplicação indiscriminada decorre de uma atribuição inadequada de condutas ilícitas a todos os sócios devido ao descumprimento da sociedade, presumindo que todos eles influenciaram negativamente na sociedade e, portanto, devem ser responsabilizados por suas ações. Logo, isso não deveria recair sobre os ombros dos empregados, pois seria injusto atribuir-lhes esses riscos.

Nessa toada, concebendo essa pretensão de justiça da justiça do trabalho, entende Marcelo Lauar Leite (2016, p. 168):

> Até aqui, as linhas argumentativas supracitadas ainda não foram enfrentadas pelos tribunais brasileiros. Por outro lado, no âmbito da jurisprudência laboral,

> desenvolveu-se uma nova linha de pensamento: a que associa a prática de atos de administração à responsabilidade jurídica. Segundo ela, quando a atuação do sócio participante ultrapassa o mero direito de fiscalização, sua proteção patrimonial se rompe, pois "quem como tal age não pode ficar isento de responsabilidades, sob pena de fomentar práticas indesejáveis juridicamente, em prejuízo de terceiros. Impressiona a facilidade com a qual alguns órgãos do Poder Judiciário impõem ideários de justiça não legitimados pelo parlamento. Estamos diante de um caso simbólico.

Nesse sentido, os juízes trabalhistas, buscando um suposto ideal de justiça social, ignoraram por completo a limitação de responsabilidade. Para eles, o sucesso financeiro do sócio em paralelo ao não cumprimento das obrigações da sociedade já é por si só uma fraude, sem considerar os requisitos legais, o contexto econômico ou outros empreendimentos do sócio.

Na seara tributária, como antes visto, foi permitida a desconsideração nos casos de infração legal ou de abuso de poderes do contrato social. Tais dispositivos, *primo ictu oculi,* aparentam serem razoáveis, uma vez que a característica concernente a desconsideração é o abuso de personalidade, atributo contido pela desvirtuação dos fins societário.

Contudo, assim como afirma o Bruno Salama (2017), a formulação do artigo se demonstra consideravelmente vaga, tendo em vista que o termo "infração a lei" pode ser interpretada a fim de atribuir o fato aos sócios de qualquer sociedade que desrespeitar a legislação tributária.

O simples fato do não recolhimento do tributo, isto é, a sonegação, já constitui fato ilícito, portanto, poderia se exprimir a interpretação de que qualquer dívida tributária ensejaria responsabilização aos sócios, quando adviesse do inadimplemento de tributos.

Segundo Kiyoshi Harada (2021) esse entendimento acarretou diversas divergências doutrinarias, onde alguns doutrinadores e

principalmente a jurisprudência entendiam que o não recolhimento do tributo per si detinha o condam de responsabilizar os sócios, enquanto outros doutrinadores entendiam que a ilegalidade imprescinde de ato comissivo. Após diversas decisões divergentes sobre o tema, onde se permitiu a desconsideração pelo simples não recolhimento do tributo, prejudicando inúmeras sociedades, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema, editando a " nº 420, dispondo *in verbis*: "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente." (Brasil, 2010)

A partir deste entendimento, inviabilizou-se o direcionamento das execuções tributarias pelo mero inadimplemento da sociedade, exigindo-se, assim, a prova do abuso pelo socio.

Outra problemática trazida pelo artigo em comento é o ato de exceder o contrato social, neste caso, também não se verifica *a priori* seus problemas práticos ao mundo jurídico, uma vez que a obediência ao contrato social se constitui como dever imodificável do socio. Segundo Kiyoshi Harada (2021) a hipótese de excedência do contrato social ocorre quando o administrador realiza negócios jurídicos fora do escopo abordado pelo objeto social da empresa. Tal hipótese não é exclusiva da legislação tributarista, sendo conceituado no meio societário como teoria do ato *ultra viris*, que, de igual modo, permite a responsabilização pessoal do socio pelos atos praticados fora o objeto social.

Essa teoria foi abarcada pelo revogado parágrafo único do art. 1015 do codigo civil, que assentava nestes termos:

> Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.
> Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

> I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;
> II - provando-se que era conhecida do terceiro;
> III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade. (Brasil, 2002)

O corolário da revogação do referido dispositivo pela lei 14.195/2021, denominada de lei de melhoria do ambiente de negócios, foi o dinamismo contratual das sociedades modernas, em face da necessidade da diligência das tomadas de decisões pelos administradores.

A maior parte da doutrina considera a teoria do ato *ultra vires* como ultrapassada, uma vez que a experiência média demonstra que os atos de gestão das sociedades envolvem não apenas a busca pelos fins sociais, mas também a necessidade de realizar atividades complexas, dada a dinâmica exigida pela atividade econômica. Assim dispõe o Marlon Tomazette (2015, p. 10):

> Entretanto, a sua aplicação é extremamente difícil, podendo causar prejuízos ao tráfico jurídico e à própria sociedade, motivo pelo qual ela tem sido repelida em outros países. Em primeiro lugar, modernamente é muito difícil definir o que se encontra ou não dentro do objeto da sociedade. Imagine-se a compra de um imóvel por uma fábrica de veículos, o ato não está dentro do objeto social, mas pode ser extremamente útil à própria sociedade. Com a mesma dificuldade nos deparamos ao analisar uma padaria que compra tijolos? A compra pode se destinar à construção de um forno ou a uma reforma urgente, que interessam à sociedade, apesar de não estarem previstas explicitamente dentro do objeto social.

Assim, ponderando as características sociais vigentes, não se pode considerar que os atos que ultrapassem o escopo do contrato social sejam, de per si, fundamentos para caracterização do abuso de personalidade, pois gerariam um ônus excessivo ao empresário, obstando a atividade econômica.

Ao analisar outros contextos, verifica-se que esse entendimento simplista atribuído à autonomia patrimonial não se restringiu apenas aos juízes togados, mas também se refletiu no âmbito administrativo, facilitando a disseminação de práticas ilegais nos processos administrativos.

Evidencia-se a ocorrência dessa prática por parte da administração pública com base em decisões do Tribunal de Contas da União. Nessas decisões, foi aplicada a desconsideração da personalidade jurídica por parte de funcionários da administração, sem a observância dos requisitos clássicos do instituto. Tal aplicação ocorreu apenas com base na mera identidade de sócios que estavam impedidos de licitar.Este entendimento é notado no acordão Acórdão nº 558/2022 do Plenario do TCU, que dispôs *in verbis*

> *Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio-gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993* (Brasil, 2015, grifo do autor)

De início, insta salientar que a desconsideração da personalidade jurídica é instituto exclusivo para aplicação juízes togados, pois o art. 50 do CC dispõe indiscutivelmente o papel do juiz como aplicador do instituto, não restando brechas de aplicação por qualquer outro ente.

Nessa conjectura, o desrespeito a ilegalidade já se denota patente, permitindo a agente público sem qualquer conhecimento específico

desconsiderar a pessoa jurídica em detrimento da formalidade legal, que atribui a um juiz togado exclusivamente a função de retirar o véu da autonomia patrimonial, pois prevê a expertise deste para casos tão específicos.

Além dessa violação formal aos critérios legais, o aspecto mais surpreendente desse entendimento reside na presunção de fraude baseada na identidade de sócios. É amplamente reconhecido que a boa-fé é uma presunção, e o ônus da prova recai sobre aquele que alega fraude. No entanto, o TCU optou por presumir má-fé em uma atividade lícita e intrínseca ao direito empresarial, que é a manutenção de diversas sociedades por um mesmo sócio.

Ressalta-se que, ainda que a presunção de boa-fé ainda que não tenha positivação no ordenamento, esta encontra-se respaldada com um princípio inalienável no ordenamento jurídico, detendo correspondência no Tema 243 do STJ que dispôs: "1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova." (Brasil, 2019)

Não satisfeita com esta essa teratologia jurídica, o Tribunal de Contas da União concebe que a mera identidade de sócios pode, de per si, constituir meio legitimo para retirada da autonomia patrimonial. Tal afirmação se remonta evidente no trecho do acordão 495/2013:

> Oriente todos os órgãos/entidades do Governo Federal, caso nova sociedade empresária tenha sido constituída com o mesmo objeto e por qualquer um dos sócios e/ou administradores de empresas declaradas inidôneas, após a aplicação dessa sanção e no prazo de sua vigência, nos termos do o art. 46 da Lei 8.443/92, a adotar as providências necessárias à inibição de sua participação em licitações, em processo administrativo específico, assegurado o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados. (Brasil, 2013)

O acordão em epígrafe, na contramão das inovações legislativas vigentes, subentende que a mera comunhão de sócios já se faz por necessária à configuração do uso indevido da pessoa jurídica, presumindo que a nova sociedade só fora instituída a fim de fraudar a licitação. Este entendimento outrora era adotado pela justiça do trabalho, contudo, a reforma trabalhista expressamente vedou a possibilidade de sua aplicação, dispondo no art. 2, §3º da CLT, que a mera identidade de sócios não configura o grupo econômico que se destina a desconsideração, devendo ser comprovada a comunhão de interesses e a atuação conjunta das sociedades.

Nessa toada dispões Enrique Haddad e Daniel Varga (Migalhas, 2020):

> Particularmente, a jurisprudência trabalhista por muito tempo considerou a mera identidade de sócios de empresas distintas como requisito suficiente para a caracterização de grupo econômico. Contudo, com o advento da reforma trabalhista através da Lei nº 13.467/17, passou-se a exigir comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas para tal caracterização

Portanto, sem embargo da inovação da legislação trabalhista, optou o tribunal de contas por atribuir a um agente público sem saber jurídico, o dever de desconsiderar a pessoa jurídica de uma sociedade, em face de uma fraude presumida, decorrente de uma mera comunhão de socio. Vislumbra-se, em face de tais fatos, a inexistência de forma mais banal de versar sobre a autonomia patrimonial quanto o entendimento em epígrafe.

Reitera-se que, apesar da inferência de que a partir deste entendimento o agente público irá analisar o caso concreto, buscando a existência de indícios fraudulentos, como mesmo estabelecimento, interesses comuns ou qualquer outro indicio mais concreto sobre a fraude, O que ocorre na prática é a presunção de fraude *primo ictu*

oculi por meio de um sistema automatizado (Sicaf) que identifica instantaneamente a existência de um sócio em comum entre uma sociedade e outra que esteja impedida, mesmo que essa identidade envolva apenas um único sócio sem qualquer influência na gestão.

O Sicaf tem por papel deslindar ao agente público sobre os documentos necessários a habilitação e aos indícios de fraude, e, dentro disto, se reúne o chamado impedimento indireto, que, segundo Leonardo Gregorio (2023), se consubstancia como um apontamento de uma suposta burla verificada a partir do cruzamento de informações sobre o quadro societário da sociedade.

Este sistema não deveria ter o condão de, em si mesmo, permitir que determinada sociedade seja impedida de licitar, pois, conforme o art. 29 da Instrução Normativa MPOG nº 03/2018, o agente público ao verificar a existência de ocorrência indireta, devera analisar se há indícios de fraude e, concomitantemente, diligenciar a sociedade a fim de elidir tais fatos. Contudo, o entendimento do TCU é no sentido adverso, assentando o prognostico da fraude pelo trivial apontamento de impedimento indireto, conforme o acordão 2914/2019:

> A declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992) não pode ser aplicada a sócios e administradores de empresas licitantes, por falta de previsão legal. No entanto, se após consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), constatar-se que nova sociedade empresária foi constituída com o mesmo objeto, por qualquer um dos sócios ou administradores de empresas declaradas inidôneas (ocorrências impeditivas indiretas), após a aplicação da sanção e no prazo de sua vigência, a Administração deve adotar as providências necessárias à inibição de participação dessa empresa na licitação, assegurando o contraditório e a ampla defesa aos interessados. (TCU – Acordão 2914/2019, Rel. Benjamin Zymler, Plenário, julgado em 10/12/2019, Data da Publicação: 12/12/2019)

Portanto, decorre de tal entendimento a completa irrelevância sobre a autonomia patrimonial em matéria de licitação, permitindo deliberadamente a responsabilização de sócios por um cruzamento de dados, não restando lampejos dos requisitos clássicos da desconsideração da personalidade jurídica.

Findando-se a comprovação da trivialização da desconsideração da personalidade jurídica, resta versar sobre a matéria em sede do direito do consumidor, em face dos vícios formas presentes na codificação.

O art. 28 do CDC traz diversos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, dispondo nestes temos:

> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
> § 1° (Vetado).
> § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
> § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
> § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.
> § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.(Brasil, 1990)

Verifica-se que, trata o caput e os parágrafos 2º ao 4º sobre os requisitos tradicionais da desconsideração, dispondo expressamente

sobre o abuso patrimonial, contudo, a contrário sensu das disposições anteriores, o parágrafo 5º ignora os requisitos e incide a possibilidade de desconsideração pelo mero inadimplemento da sociedade, quando esta for óbice ao ressarcimento de danos referentes a relação de consumo. De acordo com Marlon Tomazette (2023), essa disposição do CDC praticamente elimina a autonomia patrimonial, pois a pessoa jurídica perde capacidade de impedir o redirecionamento da cobrança.

Contudo, essa contradição verificada no art. 28 deixa de ser enigmática ao se analisar a mensagem de veto do código de defesa do consumidor, que dispunha:

> O caput do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas

Segundo Marcelo Lauar Leite (2016), percebe-se que o veto atribuído ao paragrafo 1º na realidade se destinava ao parágrafo 5º, pois, evidentemente, este era parágrafo que versava sobre a hipótese de desconsideração diversa aos requisitos clássicos, diferente do parágrafo primeiro, que somente trazia a legitimidade para requerer a desconsideração. Reitera o autor que, apesar deste vicio formal, no Brasil, acabou por se adotar a teoria menor pelo CDC, e, não obstante a isto, a avolumou-se a confusão, importando as disposições para a legislação ambiental e replicando para a justiça trabalhista. Sendo a teoria menor uma idiossincrasia brasileira, não encontrando respaldo em qualquer outro ordenamento alienígena.

De acordo com o Marlon Tomazette (2023) o referido dispositivo deve ser interpretado de forma sistemática, e não como uma extinção completa da autonomia patrimonial, onde se possibilitaria outras formas de desconsideração além das previstas, mas sem desrespeitar os fundamentos basilares da desconsideração.

Deste modo, a pessoa jurídica poderia sempre ser desconsiderada quando for óbice ao ressarcimento do consumidor, quando este óbice ao ressarcimento advier da má utilização da pessoa jurídica, e não do mero prejuízo patrimonial do consumidor. Uma vez que a empresa tem um fator crucial perante o ordenamento, tanto quando a proteção aos consumidores. Assim sendo, a hipótese de risco inerente da atividade se demonstra inócua, pois o risco é da pessoa jurídica e não do socio, e que além disso, ainda que se pleiteie uma responsabilidade objetiva dentro desse conceito, deveria ser demonstrado um nexo de causalidade entre a conduta do socio e o dano, que só poderia ser comprovado na hipótese de má utilização.

4.3 O RESGATE DA AUTONOMIA PATRIMONIAL EM PROL DA MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA

Diante destes paulatinos ataques a autonomia patrimonial, por obvio que surgiriam respostas a fim de proteger o instituto, vislumbrando a inalienabilidade da atividade empresária para além do mundo jurídico, criando-se assim, maneiras e formas de reerguê-la em face da hodierna banalização. Um dos princípios basilares do direito empresarial é a manutenção da atividade empresária, que se constitui como a pretensão impetuosa de se preservar a empresa, a fim de se resguardar todos os feixes econômicos que se relacionam com esta. Sobre a necessidade da preservação da empresa entende o Ricardo Negrão (2023, p. 22):

> A nova terminologia e o alcance das novas regras vêm ao encontro da tendência do atual direito internacional: busca-se a preservação da empresa e, por consequência, a preservação dos meios econômicos e dos empregos10, e unifica-se o tratamento obrigacional, não mais existindo distinção entre comerciantes e não comerciantes quando

> a empresa se encontra em situação econômica deficitária.
> Dentro desse espírito, de evitar o perecimento da empresa como atividade econômica geradora de riqueza e empregos, situar-se-á a nova legislação brasileira, em conformidade com a economia globalizada instalada entre as nações.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho (2011) este princípio urge da imensa gama de interesses que permeiam a atividade empresária, transcendendo os limites dos interesses dos sócios, como empregados, consumidores e o fisco, que se dependem da continuidade desta.

Tais entendimentos são consoantes com apontamentos anteriores deste trabalho, em que se deslinda o rompimento de barreiras em que a empresa teve nos últimos séculos, perfazendo-se uma sociedade intricadamente relacionada da atividade empresária, decorrendo, deste modo, uma inequívoca interdependência entre ambos.Ante a essa dependência da atividade empresária, exsurge, na mesma medida do princípio da manutenção da atividade empresária, o princípio da função social da empresa, como sustentáculo à preservação das empresas, se consubstanciando como um princípio protetivo a toda atividade econômica, diante do papel inalienável destas para a sociedade. Todavia, a despeito dos respectivos princípios, a banalização da desconsideração da personalidade jurídica possibilita, em última análise, o fim da limitação de responsabilidade, acarretando diversos efeitos deletérios a toda cadeia produtiva e a manutenção das empresas de forma sadia, afetando toda a sociedade.

De acordo com Leonardo Parentonni (2013), as paulatinas simplificações dos requisitos da desconsideração detiveram uma intenção uníssona, a de se buscar uma justiça social e uma ponderação de direitos tutelados. Segundo o autor, a atenuação destes requisitos advém do entendimento sobre a vulnerabilidade daqueles que dependem da sociedade, portanto, a atribuição do socio seria meio legitimo a proteção do bem jurídico tutelado, seja do direito

do consumidor ou do trabalhador, subentendendo que todo risco da atividade deve a todo momento ser atribuído ao socio.

Sob essa mesma ótica, na Frazão (2020) discorre que a banalização da desconsideração da personalidade jurídica surge do entendimento dos juízes em equilibrar o poder de barganha dos pequenos credores, que não poderiam exigir vantagens em contrapartida ao maior risco assumido perante os negócios com a sociedade.

Entretanto, ainda que se tenha tido essa intenção benevolente, essas medidas tomaram efeitos que não se imaginavam, uma vez que não se ponderaram as possíveis consequências a atividade econômica.

Assim como aponta Marcelo Lauar Leite (2016), tais decisões as quais se remetem a corolários de justiça na realidade invertem o próprio sentido do Estado Democrático, pois a apreciação de questões políticas é privativa dos parlamentares

Ainda que seja inviável o juiz se constituir como mera boca da lei, o seu ato de interpretar não pode chegar a ser desmedido, de uma maneira a qual não o desancore da lei e apenas se vislumbre seus entendimentos pessoais, pois estes trazem insegurança jurídica aos jurisdicionados.

De acordo com Ana Frazão (2020), a indiscriminação quanto aos requisitos do abuso de personalidade rompem, na realidade, com os próprios sentidos de justiça, sem embargo da dos pressupostos de segurança e calculabilidade de riscos que, de igual modo, são esvaziados.

Sobre a falta de segurança jurídica ocasionada pela banalização, dispõe Marcelo Lauar Leite (2016, p. 179):

> De mais a mais, o respeito às escolhas legislativas traz uma saudável previsibilidade para o comportamento geral. Sem ela, é difícil que as pessoas prevejam as consequências de seus atos, acarretando insegurança quanto à tomada de atitudes sociais ou alocação de recursos, de modo que a garantia de posições jurídicas – propriedade, contratos e imputação de

> responsabilidade – depende não apenas da clareza da lei, mas também da expectativa de sua aplicação pelos tribunais.

De acordo com Leonardo Parentonni (2013) essa falta de previsibilidade acarreta maiores custos de transação, uma vez que o risco da atividade é sempre calculado dentre os possíveis valores a se dispender. Deste modo, a partir da possibilidade de os prejuízos da sociedade recaírem sobre socio, por obvio que se mensuraria o risco como um valor pecuniário. Assim, aumentando exponencialmente os custos ao consumidor final.

Ainda sobre os efeitos deletérios, afirma o autor que esta permissividade da desconsideração desestimula a entrada de agentes no mercado, dado a preferência dos investidores ou novos empreendedores em não adentrar em um mercado tão dubio quanto as regras do jogo. Estimulando até mesmo a prática de atos ilícitos, na medida em que não há mais nenhum privilegio em manter as formalidades legais, tendo em vista que estas não possuem mais a capacidade de fazer valer a autonomia patrimonial. Infere-se, portanto, que ao augurarem um ideal de justiça distributiva e aristotélica, os juízes acabam por intervirem na ordem econômica de modo danoso, prejudicando todos os indivíduos subjacentes que dependem da atividade empresária, assim como afirma Marcelo Lauar Leite (2016, p. 180):

> No que nos interessa diretamente, se um investidor resolve aplicar seu capital como participante de uma SCP porque a lei lhe garante um status de irresponsabilidade jurídica frente a terceiros a decisão judicial que vier a afetar seu patrimônio particular em favor destes acarretará óbvios efeitos individuais negativos. Porém, suas consequências mais desastrosas são externas, na medida em que induzem outros investidores potencialmente interessados – ou mesmo participantes em outras

> operações – a, por exemplo, (i) contratar assessoria jurídica mais qualificada, aumentando custos de transação; (ii) alocar patrimônio em alternativas bancárias menos arriscadas; e/ou (iii) desmobilizar recursos já aportados. Quando o Poder Judiciário toma decisões que desestabilizam um sistema legal constitucionalmente embasado e, consequentemente, a expectativa dos sujeitos frente aos contratos estabelecidos, temse um "efeito de descrédito que esvazia sua legitimidade democrática". Sequer pragmaticamente decisões dessa ordem costumam ser justificáveis, dado que efeitos econômicos negativos na alocação ótima de recursos são repartidos por toda a comunidade.
>
> Apesar disso, a maioria dos juízes acredita ter um papel redistributivista a desempenhar, e que violar contratos se justifica quando o objetivo é favorecer uma parte tida como mais fraca. É preciso, pois, um realinhamento da legitimidade democrática dos juízes, com a aproximação entre suas decisões e aquilo previsto em lei quanto à limitação da responsabilidade patrimonial.

Em face de tais efeitos, presumir-se-ia que, diante do iminente fim de responsabilidade limitada, emergiriam tentativas de revivificar a autonomia patrimonial, em face do seu impreterível valor à sociedade, assim como dispõe Ana Frazão (2020, p. 472):

> A partir do momento em que a desconsideração passa a ser a regra, a personalidade jurídica perde, nas sociedades com sócios de responsabilidade limitada, o seu efeito de separação patrimonial perfeita, o que desestimula ou impossibilita o investimento e ainda gera altos custos de transação, os quais serão certamente repassados para o preço final de produtos e serviços. É por essa razão que o direito brasileiro deveria evoluir para uma solução de proteção mais

> adequada, que pudesse tornar a desconsideração mais efetiva em relação aos credores dignos de proteção especial, mas sempre preservando o sentido da personalidade jurídica, inclusive naquilo em que esta protege o investimento produtivo e mesmo os interesses gerais dos consumidores.

Nesse sentido, a Lei de liberdade econômica (Lei nº 13.874/19) como meio capaz (ou pelo menos na tentativa de ser), a alentar a autonomia patrimonial da sua moribunda situação. Na tentativa de fortificar os requisitos para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a legislação supramencionada alterou a redação do artigo 50 do código civil, atraindo conceitos mais elucidativos e precisos quanto aos pressupostos do instituto.

De acordo Marcelo Lauar Leite (2020) esta alteração legislativa fundou-se no anseio de positivar a expressamente as condições e formalidades da desconsideração, além de assentar os conceitos de desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Cabe ressaltar que a redação anterior do art. 50 do Código Civil apenas mencionava o desvio de finalidade e a confusão patrimonial como requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, mas não os definia. Além disso, o texto não especificava claramente quais seriam os afetados pela desconsideração, limitando-se a mencionar os bens dos sócios e administradores. Isso, segundo Ana Frazão (2020), deixava uma lacuna em relação à responsabilização de sócios que não tivessem participado do ato fraudulento.

De acordo com a referida autora, esta mudança foi a mais significativa da lei, da qual impôs a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica somente aos sócios ou administradores que participaram ou se beneficiaram do ato fraudulento. A Importância desta alteração advém da necessidade da definição dos limites subjetivos do instituto, uma vez que, em face da disposição anterior, a jurisprudência admitia a responsabilização de sócios minoritários e investidores que não participavam efetivamente na administração.

Conforme observado por Marcelo Lauar Leite (2016), a responsabilização de sócios minoritários, muitas vezes, representava um alto custo e desincentivava o investimento. Isso ocorria devido a diversas decisões dos tribunais brasileiros que permitiam a responsabilização de sócios que não detinham o poder de gerência na sociedade.

Em relação ao dolo, se evidencia como uma manifesta lacuna deixada pelo legislador, pois, de acordo com Marlon Tomazette (2023) e Marcelo Lauar Leite (2020) as disposições concernentes a desconsideração prevista pelo art. 50 do CC certificam a necessidade do dolo específico de cometer a frade, não se admitindo culpa.

Em contrapartida, na Frazão (2020) destaca a possibilidade da modalidade culposa, uma vez que uma emenda parlamentar eliminou o termo "dolo" do parágrafo primeiro do dispositivo. Essa mudança abriu espaço para interpretações que permitem a responsabilização por culpa do sócio ou administrador.

As alterações da lei quanto ao reestabelecimento da autonomia patrimonial não se restringiram meramente a alteração do artigo 50 do código civil, dado que, foi criado um artigo totalmente novo na legislação civil, o art. 49-A, que versou exclusivamente sobre o princípio em epígrafe.

O respectivo dispositivo teve a preocupação em distinguir a pessoa jurídica da pessoa dos sócios, vislumbrando a existência de pessoas distintas, assegurando a autonomia patrimonial como um meio licito de investimentos a benefício de toda sociedade. Sobre o referido diploma legal, aponta Marcelo Lauar Leite (2020, p.27):

> O caput deixa claro que, no âmbito mercantil, quotistas, acionistas, instituidores ou administradores têm personalidade jurídica diversa da sociedade ou Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) à qual se vinculam. Sendo a autonomia patrimonial uma condição prévia à atribuição de personalidade,8 o dispositivo tem papel importante

> ao defini-la como um instrumento de alocação e segregação de riscos estabelecido com a finalidade de estimular empreendimentos para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos. A marcação político-legislativa da autonomia patrimonial também foi reforçada pela inserção do § 7º9 no art. 980- A/CC, afirmando-se que somente o patrimônio social da empresa responderá pelas suas dívidas, hipótese em que não se confundirá com o patrimônio do titular que a constitui

Isto posto, verifica-se o desígnio do legislador em resgatar a autonomia patrimonial a fim de assegurar um mercado propício ao investimento e ao mercado, beneficiando, por conseguinte, toda a sociedade. No entanto, não se pode afirmar que a tentativa do reestabelecimento da separação patrimonial advenha somente da vontade do legislador ou de mudanças legais. Uma vez que, de acordo com Leonardo Parentoni (2013), a jurisprudência no decorrer dos anos vinha tentando adequar o uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. De acordo com autor supracitado, a jurisprudência brasileira, refletindo sobre as críticas tecidas sobre a superutilização da desconsideração da personalidade jurídica, reduziu exponencialmente o número de aplicações do instituto, havendo uma redução inequívoca em sua incidência. Surgindo, portanto, um movimento no sentido de enfatizar a necessidade da separação patrimonial, aplicando com a devida diligência os pressupostos da desconsideração. O autor verifica uma quebra de paradigma, onde até mesmo nas relações contendo vulneráveis, privilegiou-se a aplicação dos requisitos clássicos da desconsideração. A mudança de postura se mostra tão evidente que até mesmo na justiça do trabalho, os números de casos de aplicação decaíram consideravelmente.

Hodiernamente, é visível a postura do STJ resgatar os pressupostos legais da teoria maior, assim como os limites da eficácia subjetiva da desconsideração, pretendendo regatar a autonomia patrimonial e a segurança jurídica aos sócios.

Tal pretensão é evidente no Recurso Especial nº 1.862.557/DF, que dispôs:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. INCIDENTE. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 28, § 5º, DO CDC. TEORIA MENOR. ADMINISTRADOR NÃO SÓCIO. INAPLICABILIDADE. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. POLO PASSIVO. EXCLUSÃO.
> 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
> 2. Para fins de aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, § 5º, do CDC), basta que o consumidor demonstre o estado de insolvência do fornecedor ou o fato de a personalidade jurídica representar um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados.
> 3. A despeito de não exigir prova de abuso ou fraude para fins de aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, tampouco de confusão patrimonial, o § 5º do art. 28 do CDC não dá margem para admitir a responsabilização pessoal de quem não integra o quadro societário da empresa, ainda que nela atue como gestor. Precedente.
> 4. Recurso especial provido. (Brasil, 2021)

No acordão em epígrafe, fica notório a intenção do julgador em limitar a a eficácia subjetiva da desconsideração restringindo os efeitos do instituto somente ao socio com papel de gerência na sociedade, ainda que se trate da aplicação da teoria menor decorrente de relação de consumo.

Em resumo, diante das recentes alterações legislativas e da evolução da jurisprudência, é perceptível a conjunta empreitada para conferir legitimidade à pessoa jurídica como um ente de autonomia íntegra, almejando restaurar a segurança jurídica e a autonomia

patrimonial. Esse esforço visa solidificar a atividade empresarial como um componente inalienável da sociedade, em consonância com sua função social.Entretanto, é crucial salientar que, apesar dos avanços observados, ainda subsistem desafios significativos a serem enfrentados. A evolução legislativa e jurisprudencial, por mais notável que seja, não esgotou todas as questões pertinentes à preservação da autonomia patrimonial e à promoção da função social da empresa.

Tais considerações, como evidenciadas Ana Frazão (2020), ressaltam que, apesar da promulgação da Lei de Liberdade Econômica, ainda prevalecem controvérsias no que tange à aplicação da modalidade culposa da desconsideração da personalidade jurídica, bem como à extensão do instituto a ex-sócios. Além disso, as ambiguidades envolvendo os termos "qualquer ilícito" ou "outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial" demonstram a necessidade premente de esclarecimento e aprimoramento na interpretação dessas disposições legais.

Este entendimento é compartilhado pelo Marcelo Lauar Leite (2020), que afirma que, embora a referida legislação tenha estabelecido parâmetros importantes para a restauração da força normativa da autonomia patrimonial, as implicações de suas disposições demandarão tempo para serem assimiladas pela cultura jurídica. Nessa toada, o artigo 49-A pode enfrentar desafios significativos, tais como aqueles resultantes da supressão da referência à "dolosidade" na definição de desvio de finalidade, das fragilidades do rol exemplificativo dos "atos-confusivos".

Portanto, tais desafios realçam a necessidade contínua de análise e deliberação no sentido de aprimorar a legislação e a interpretação jurisprudencial, visando a um desenvolvimento mais completo e eficaz desses importantes aspectos do direito empresarial.

De acordo com Leonardo Parentoni (2013), é imperativo não eliminar completamente a pessoa jurídica, mas sim desenvolver meios para sua reconstrução e adaptação às necessidades atuais. Isso envolve a identificação das causas da crise e a proposição de critérios

para a readequação, com o objetivo de combater os excessos e as práticas abusivas.

Por outro prisma, Ana Frazão advoga a necessidade imperiosa de uma precisa delimitação dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de evitar que o ônus do risco empresarial recaia de maneira injusta sobre os credores mais vulneráveis, frequentemente destituídos de um poder de barganha substancial, buscando assegurar que a aplicação desse instituto seja realizada de forma criteriosa, respeitando os princípios da justiça e da equidade.

Nesse contexto, a autora ressalta que a Lei de Liberdade Econômica dificilmente encerrará todos os debates e controvérsias que permeiam essa questão. Ela salienta que, sem uma reflexão mais profunda e abrangente, será extremamente desafiador conciliar adequadamente a proteção ao investimento produtivo com a preservação de interesses igualmente significativos, como aqueles dos grupos vulneráveis.

Ante todo exposto, fica evidente que questões complexas e nuances no contexto da desconsideração da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial permanecem sem solução definitiva. É crucial reconhecer que o caminho rumo a esses objetivos está longe de ser conclusivo, requerendo esforços constantes para aprimorar o sistema jurídico e sua aplicação. Portanto, é incumbência tanto da jurisprudência quanto do legislador, bem como de todas as partes interessadas, buscar uma abordagem equilibrada que evite excessos de qualquer lado, com o objetivo de preservar o princípio da manutenção da atividade empresarial, bem como os interesses dos credores vulneráveis, sempre observando a incontestável função social que a empresa desempenha na sociedade.

5 CONCLUSÃO

Neste contexto jurídico complexo, torna-se indubitável que a desconsideração da personalidade jurídica vem sofrendo uma

perigosa banalização. Esta tendência excessiva, embora tenha sido impulsionada pela nobre intenção do legislador de proteger os vulneráveis, acaba por ameaçar a estrutura fundamental do sistema jurídico.

Constatou-se que a aplicação excessiva da desconsideração da personalidade jurídica pode infringir os princípios da preservação da atividade empresarial e da função social da empresa. Posto que essa prática exacerbada gera impactos econômicos deletérios, resultando em insegurança jurídica e impondo danos tanto às empresas quanto à sociedade em geral, afetando indubitavelmente a preservação das atividades empresariais.

Esse cenário repercute negativamente sobre a sociedade, uma vez que as empresas desempenham um papel crucial no desenvolvimento econômico e na promoção do bem-estar social, devido à sua função social de gerar empregos e fomentar o crescimento econômico. Portanto, quando a estabilidade das empresas é prejudicada, os efeitos se estendem para além dos limites empresariais, impactando diretamente a sociedade que depende da contribuição dessas entidades para o seu progresso.

Urge, portanto, a necessidade de encontrar um equilíbrio sensato entre a proteção dos direitos dos credores e a preservação da autonomia patrimonial. Em consonância com os princípios basilares da função social da empresa e da manutenção da atividade empresarial, a restauração da ordem jurídica torna-se vital.

Nesse contexto, o presente estudo reforça de maneira contundente a importância de se buscar uma aplicação parcimoniosa da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de resguardar os princípios basilares do ordenamento jurídico e promover um ambiente legal propício à justiça e à estabilidade.

A banalização da desconsideração da personalidade jurídica, decorrente da tentativa do legislador de garantir justiça social, não pode ser negligenciada. É imperativo reconhecer que a atividade empresarial desempenha um papel igualmente crucial na sociedade,

sendo essencial para o desenvolvimento econômico e a geração de empregos.

Além disso, cumpre destacar que a restauração da autonomia patrimonial é um desafio premente. Conscientes dos danos acarretados pela banalização da desconsideração da personalidade jurídica, é necessário um esforço conjunto da comunidade jurídica e legislativa para restabelecer a confiança no instituto da pessoa jurídica, preservando sua integridade e respeitando os princípios legais.

Em síntese, o presente estudo reforça a importância de se encontrar o ponto de equilíbrio entre a aplicação criteriosa da desconsideração da personalidade jurídica e a preservação dos princípios jurídicos fundamentais. Dessa forma, contribui-se para a contínua evolução e aprimoramento do sistema legal, assegurando um ambiente jurídico propício à justiça e à harmonia nas relações empresariais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**: secção 1, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943.

BRASIL**.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, v. 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 11 de dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 out. 1966 e retificado.

BRASIL. Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850**. Codigo Commercial Do Imperio Do Brasil**. Império do Brasil, 1850. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 06 de out. 2023

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 13 de fev. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1 seção). **SÚMULA 430**, julgado em 24 de março de 2010, publicado em: 13 de maio 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27430%27.num.&O=JT. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **EREsp 1306553/SC**. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 10 de dez. 2014. Publicado em: 12 de dez.2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=015148. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **REsp 1.900.843-DF**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (in memorian), Relator para acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23 de maio 2023, Publicado em: 30 de maio 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903211127&dt_publicacao=30/05/2023. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp: nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)**. Relator: Ministro ARI PARGENDLER, julgado em: 24 de março de 2003., publicado em: 29 de março de 2004 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000971847&dt. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acordão 2914/2019**, Relator: Benjamin Zymler, julgado em: 10 de dez. de 2019, Publicado em: 12 de dez. de 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/%25201098%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/10. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acordão 495/2013**, Relator: Raimundo Carreiro, julgado em 22 de março 2013, Publicado em: 25 de março2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A495%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 754/2015**, Relatora: Ana Arraes, julgado em 12 de abril de 2015, Publicado em: 12 de abril 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A754%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=05f4b2d0-579f-11e9-862e-378be94877a4. Acesso em: 2 out. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, André Luiz. **Direito Empresarial esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. Lei de liberdade econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *In*: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (org.). **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 468-486.

FRAZÃO, Ana. Função Social Da Empresa. **Enciclopédia Jurídica Da PUC-SP**, 1. Ed. São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37264181/Fun%C3%A7%C3%A3o_social_da_empresa._Enciclop%C3%A9dia_jur%C3%ADdica_da_PUC-SP._Celso_Fernandes_Campilongo_Alvaro_de_Azevedo_Gonzaga_e_Andr%C3%A9_Luiz_

Freire_coords._._Tomo_Direito_Comercial._F%C3%A1bio_Ulhoa_Coelho_Marcus_Elidius_Michelli_de_Almeida_coord._de_tomo_

GABAN, Eduardo Molan. A água escolhe o seu percurso de acordo com o terreno que atravessa: desconsideração da personalidade jurídica na lei antitruste. **WebAdvocacy**, 2022. Disponível em: https://webadvocacy.com.br/2022/08/19/a-agua-escolhe-o-seu-percurso-de-acordo-com-o-terreno-que-atravessa-desconsideracao-da-personalidade-juridica-na-lei-antitruste/. Acesso em: 16 jun. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil:** parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. v. 1.

GRAU. Eros Roberto, **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 10. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2021

GREGORIO, Leonardo Fonseca; Ocorrências Impeditivas Indiretas nas Licitações. **Migalhas**, 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/391879/ocorrencias-impeditivas-indiretas-nas-licitacoes. Acesso em: 11 de ago. de 2023.

HADAD, Enrique Tello. VARGA, Daniel Domenech; Desconsideração da personalidade jurídica - o que muda com a nova Lei da Liberdade Econômica?. **Migalhas**, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/326365/desconsideracao-da-personalidade-juridica---o-que-muda-com-a-nova-lei-da-liberdade-economica. Acesso em: 11 de ago. de 2023.

LOVE, Inessa; MAKSIMOVIC, Vojislav; DEMIRGUC-KUNT, Asli. Business environment and the incorporation decision. **Word Bank**, p.2-39, 2004. Disponível em: https://documents1.worldbank.org/curated/fr/450301468780341514/pdf/wps3317.pdf. Acesso em: 19 de ago. de 2023

LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart. LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart**.** Análise econômica das sociedades limitadas: imprescindível reflexão. **Revista Em Tempo**, v. 12, p. 144-177, jan. 2014. Disponível em: https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/400. Acesso em: 16 jun. 2023.

LEITE, Marcelo Lauar. Autonomia patrimonial após a lei de liberdade **econômica. Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 23-41, jul./dez. 2020. Disponível em: https://rsde.com.br/artigos/autonomia-patrimonial-apos-a-lei-de-liberdade-economica/. Acesso em: 19 de ago. de 2023.

LEITE, Marcelo Lauar. Limitação da responsabilidade patrimonial como fator de proteção ao investimento: razões e propostas para uma missão de resgate. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 18, p. 135-184, Jan./Jun. 2016. Disponível em: https://rsde.com.br/artigos/limitacao-da-responsabilidade-patrimonial-como-fator-de-protecao-ao-investimento-razoes-e-propostas-para-uma-missao-de-resgate/. Acesso em: 19 de ago. de 2023

LORENZI JR., D.; Arend, S. C. **RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL: MERO DISCURSO OU AÇÕES EFETIVAS EM PROL DO DESENVOLVIMENTO**?. Informe GEPEC, [S. l.], v. 22, n. 2, p. 120–139, 2019. Disponível em: 10.48075/igepec.v22i2.20863. Disponível em: https://e-revista.unioeste.br/index.php/gepec/article/view/20863. Acesso em: 16 jun. 2023.

MAMEDE, Gladston**. Direito Empresarial Brasileiro**: direito societário. 14 Ed .São Paulo: Atlas, 2022.

MATIAS, João Luis Nogueira. Sociedade Limitada: Evolução e Função Econômica. Sociedade Limitada: Evolução e Função Econômica. **Revista Jurídica Da FA7**, v. 7, n. 1, p. 105-117, 2010. Disponível em: https://doi.org/10.24067/rjfa7;7.1:140. Acesso em: 18 jun. 2023.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Reconsideração da personalidade jurídica:** estudo dogmáitco sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira. 2013. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

POLLAZZON, Vanessa Marão. **A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO AMBIENTAL.** Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Cândido Mendes - UCAM. Brasília, p. 40. 2009.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Manual De Direito Empresarial**. 4 Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Responsabilidade limitada do sócio pelas obrigações da sociedade. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**: Tomo Direito Comercial, v. 1 jul. 2018. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/224/edicao-1/responsabilidade-limitada-do-socio-pelas-obrigacoes-da-sociedade. Acesso em: 2 out. 2023.

SALAMA, Bruno Meyerhof, Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truco: contra a desconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio de empresa**. Revista Direito VG**. V. 1. P. 329-358. Jan./Jun 2012. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000100013. Acesso em: 2 out. 2023.

SCALZILLI, João Pedro de Souza. **Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2014.tde-27022015-115536. Acesso em: 16 de junho 2023.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso De Direito Empresarial, V. 1** : **Teoria Geral E Direito Societário**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria dos atos ultra vires e o direito brasileiro**. Revista de Direito,** v. 7, n. 01, p. 221–241, 2015. Disponível em: https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1678. Acesso em: 2 set. 2023.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo; MOREIRA, Samanta Caroline Ferreira Moreira. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NOVO CPC E SEUS IMPACTOS NO PROCESSO DO TRABALHO**. Revista Tribunal Regional Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 61, n. 92, p. 213-235, 2015. Disponível em: https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27297/Revista%2092%20TRT%203%20Regiao-213-235.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 3 ago. 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo**. Direito Empresarial**. 11 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Empresarial Sistematizado:** teoria, jurisprudência e prática. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

CONCILIAÇÃO: AUTOCOMPOSIÇÃO, REDUÇÃO DE CONFLITOS E EFICÁCIA NA LIDE SOCIOLÓGICA

Vivian Yasmin Aquiles da Silva[216]

Márcia Amélia de Oliveira Bicalho[217]

RESUMO

As práticas autocompositivas tornaram-se um reflexo da garantia constitucional do acesso a Justiça, podendo ser esse reflexo melhor entendido por meio dos institutos da Conciliação e da Mediação. Onde a despolarização das partes com o abandono das posições de adversários e consequente adoção das posições de colaboradores na construção de uma solução mais benéfica para ambos os lados, tem como resultado o emponderamento das partes que, pouco a pouco, vão se reconhecendo como agentes da solução e não mais do conflito, proporcionando para a sociedade o avanço da cultura litigiosa para a cultura autocompositiva que, cada vez mais assume espaços no meio social. Nessa linha, o redirecionamento do pensamento litigioso para um pensamento autocompositivo, tem se mostrado um dos métodos mais efetivos para o tratamento dos conflitos, visto que, por meio dessa transformação alcança-se benefícios incalculáveis ante a reeducação

216 Graduada em Direito, Advogada Civilista, Pós-graduanda em Conciliação e Mediação de Conflitos e em Constelação Sistêmica Integrada pelo Centro de Mediadores Instituto de Ensino.

217 Possui graduação em LETRAS pela Universidade Federal da Paraíba (2006), Mestrado em Lingüística pela Universidade Federal da Paraíba (2008), Doutorado em Linguística pela Universidade Federal da Paraíba (2013), Especialista em Criminologia e Psicologia Criminal pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Graduada em PSICOPEDAGOGIA pelo UNICESUMAR (2022), Graduada em PEDAGOGIA pelo UNICESUMAR (2021). Coordenadora do curso de Pedagogia da UNIMAUÁ Centro Universitário. Exerceu a função de Coordenadora Adjunta de Atividades Complementares e Professora Adjunta do Centro Universitário de João Pessoa. Atuou como Coordenadora do Curso de Letras do Centro Universitário Euro Americano - UNIEURO, atualmente é professora adjunta do curso de Direito da instituição. Professora Assistente I do Centro Universitário IESB no Projeto de Curricularização da Extensão EaD. Coordenadora do curso de Pedagogia da Faculdade IBRA (FABRAS). Graduanda do curso de Psicologia do Centro UNiversitário Euro Americano - UNIEURO. Atua em bancas de avaliação externa do INEP e FGV.

da sociedade, representando assim, uma aposta muito promissora para o futuro da Justiça.

Palavras-chave: Conciliação, Autocomposição, Conflito, Lide Sociológica, e Resolução do Conflito.

ABSTRACT

Self-compositional practices became a reflection of the constitutional guarantee of access toJustice, and this reflection can be better understood through the Conciliation and Mediation institutes. Where the depolarization of the parties with the abandonment of opposing positions and the consequent adoption of collaborators' positions in the construction of a more beneficial solution for both sides, results in the empowerment of the parties that, little by little, are recognizing themselves as agents of the solution and no longer the conflict, providing society with the advancement of the litigious culture to the self-compositional culture that increasingly assumes spaces in the social environment. In this line, the redirection of litigious thinking to self-compositional thinking has been shown to be one of the most effective methods for dealing with conflicts, since, through this transformation, incalculable benefits are achieved in relation to the re-education of society, thus representing a gamble very promising for the future of justice.

Keywords: Conciliation, Self-Composition, Conflict, Sociological Deal, and Conflict Resolution.

INTRODUÇÃO

A conciliação é uma técnica autocompositiva vista como um mecanismo de resolução de conflitos aplicada através do diálogo instaurado entre as partes da relação conflitiva, baseando-se na identificação e no tratamento da espiral de conflitos que são inerentes às relações humanas e que, quando não tratadas da maneira correta

acabam por gerar desentendimentos, conflitos e embates que poderiam ser evitados por meio da conversa.

O termo "espiral de conflitos" surge do estudo aprofundado do conflito, que não é tido como algo negativo, mas como um fenômeno que impulsiona as relações humanas ao caminho da evolução, pois, as divergências de pensamento são o fundamento principal das mudanças alcançadas, assim a espiral de conflito funciona como um ciclo que ocorre de forma progressiva onde uma situação atual é capaz de trazer toda a carga gerada por situações que a precederam.

A importância de estudar a conciliação advém do crescimento dos desentendimentos e conflitos de interesse que permeiam a sociedade e da necessidade cada vez mais aparente de buscar e efetivamente encontrar, novas formas de resolver os mencionados conflitos, porém, agora com soluções que acompanham a evolução e o crescimento da sociedade.

Não há mais que se falar em uma sociedade que se organiza a luz das chamadas Leis de Talião, a evolução social e intelectual da sociedade em um conceito mais amplo, deixou de considerar justo ou mesmo aceitável o famoso "olho por olho, dente por dente". Assim, a partir dessa evolução, os conflitos de interesse, em sua maioria, passaram a ser coordenados, e tutelados pelo Estado, causando uma sobrecarga do Poder Judiciário que passou a ter responsabilidade não só com as questões mais complexas, como também com questões de natureza mais simples, o que teve como consequência o comprometimento do acesso à Justiça, garantia constitucional que em nenhum momento foi negado ao jurisdicionado, contudo, em vista do atual congestionamento de demandas, deixou de ser prestado de forma satisfatória.

Por tal motivo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no intuito de iniciar a desconstrução da cultura de litigiosidade instalada em âmbito nacional, implementou no ano de 2006, o Movimento pela Conciliação que buscou alcançar a resolução de conflitos por meio de acordos celebrados entre as partes de boa-fé, que propiciassem vantagens e obrigações recíprocas, lançando no mesmo ano a Semana

Nacional da Conciliação como um evento anual que viesse a abarcar todos os tribunais do país.

Fazendo surgir os seguintes questionamentos acerca das práticas autocompositivas, se seriam elas capazes de efetivamente promover a resolução dos conflitos, se seria viável através delas alcançar a redução do quantitativo de demandas pendentes de apreciação judiciária, já que a proposta trazida pela autocomposição é justamente dar às partes a oportunidade de, por meio de seu próprio empenho, alcançar a resolução do conflito, colocando assim um encerramento nos processos correntes, e finalmente, se o emprego de métodos como a conciliação seriam capazes de tornar possível a reeducação da sociedade com a recepção dessa cultura inovadora que substituiria o pensamento antiquado de litigiosidade, objetivando proporcionar, a longo prazo, uma solução adequada para os problemas estruturais enfrentados pela Justiça nos dias de hoje, questionamentos estes que aospoucos foram sendo respondidos pelos resultados atingidos com tais práticas.

Assim, em vista dos esforços empenhados para crescimento do tema e do aumento de demandas relacionadas à Conciliação, no ano de 2010 foi editadda a Resolução n°125 que representou um grande marco na construção histórica da conciliação em âmbito nacional por dispor sobre a política judiciária acerca do tratamento adequado para os conflitos de interesse, agregando ao CNJ a competência e o compromisso de organizar e promover tais políticas de pacificação social através de práticas autocompositivas, além de implantar os chamados Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania (Cejusc).

Fato que mais tarde resultou na introdução das práticas de conciliação e mediação no Novo Código de Processo Civil de 2015 que, em seu artigo 334 configurou as audiências de conciliação e mediação como parte do rito processual a ser seguido quando do recebimento da petição inicial pelo juízo, empreendendo assim, a Conciliação como uma aposta positiva para a Justiça do amanhã, mas passando a trabalhá-la e construí-la desde o hoje.

Por tal razão, a autocomposição já faz parte da realidade atual da sociedade e se mostra cada vez mais promissora como solução do enorme contingente de demandas litigiosas, passando a ser mais palpável a proposta de reeducação da sociedade pelo diálogo e de redirecionamento do pensamento litigante para o pensamento autocompositivo.

ASPECTOS HISTÓRICOS DA PRÁTICA AUTOCOMPOSITIVA

Inicialmente, convém ressaltar que sendo o homem, essencialmente, um ser social, cujo modus vivendi se adequa e se habitua facilmente às mínimas condições de sobrevivência por sua habilidade em organizar-se socialmente, é correto também afirmar que a complexidade das relações humanas torna o conflito, uma característica inerente à condição humana.

Todavia o termo "conflito" é tido pela sociedade como algo negativo, fato que deve ser desmistificado, pois, ao longo da evolução histórica da sociedade torna-se claro que o conflito faz parte e está presente como um resultado de todas as ações interativas que compreendem as relações sociais, sendo também o fator que impulsiona o desenvolvimento e a evolução humana. É claro também que a resolução pacífica do mesmo compreende a outra parte da equação que propicia um cenário favorável para a evolução e desenvolvimento da sociedade como um todo e do homem enquanto um ser social.

De acordo com Tartuce (2019), quando se reestabelece uma boa comunicação entre as partes, com respeito mútuo entre elas, abre-se para aquilo que foi objeto de divergência, a possibilidade de ser negociado a partir da conversa, dando às partes o protagonismo no amadurecimento daquilo que foi superado.

Com o passar dos anos e, em observância à evolução social e intelectual da sociedade, percebeu-se a necessidade de se buscar formas alternativas de resolução de conflitos que propiciem a

continuidade do avanço social ao invés de seu declínio em vista dos pequenos e grandes conflitos não solucionados.

Ao longo dos séculos, com a superação da violência como forma una de resolver qualquer divergência suscitada, viu-se nascer nos povos antigos diferentes técnicas de resolução de conflitos que visavam solucionar as questões em um contexto imediato e, em um contexto mais amplo, a pacificação social como resultado. Ou seja, se antes os pontos controvertidos, aquilo que era o objeto da divergência, tendiam a ser "resolvidos" ou "superados" com o emprego de violência, por meio das vias de fato e da autotutela, com o passar do tempo, compreendeu-se não só a necessidade de se resolver os conflitos, mas também e, principalmente, de se explorar formas alternativas de resolução.

Assim, conforme colocado por Sílvio de Salvo Venosa, "Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social." (VENOSA, 2010, p. 2-3). Entendimento esse, que pôde ser alcançado pelas antigas civilizações que descobriram na responsabilização pelo dano a necessidade de solucionar os conflitos sem para isso, aumentar ainda mais os efeitos da inquietação social causada por eles. Surge então a valorização do diálogo e a percepção de que estabelecer uma comunicação produtiva e respeitosa entre as partes de uma relação conflitiva, contribui positivamente no ideal autocompositivo onde as partes se colocam como agentes construtores da solução e não mais como adversários.

Ademais, segundo Rozane Rosa Cachapuz:

> A mediação é um instituto bastante antigo: sua existência remonta aos idos de 3000a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados. [...] Na antiga Roma, o arcaico Diritto Fecciali, isto é, direito proveniente da fé, em seu aspecto religioso, era a manifestação de uma justiça incipiente, onde a mediação aparece na resolução dos conflitos existentes. O direito romano já previa o procedimento in iure e

> o inijudicio, que significavam, na presença do juiz, o primeiro, e do mediador ou árbitro, o segundo. No antigo ordenamento ático e, posteriormente, no ordenamento romano republicano, a mediação não era reconhecida como instituto de direito, mas sim, como regra de mera cortesia‖ (CACHAPUZ, 2003, p.24).

O que demonstra que as práticas autocompositivas, ainda que por mera cortesia inicialmente, já eram exploradas nas antigas civilizações que serviram de berço para o contexto social atual. Tais práticas, foram sendo aperfeiçoadas por muitos povos ao longo dos séculos, inclusive, em um contexto mais recente por países como os Estados Unidos, França, China e Austrália, razão pela qual sua utilização tornou-se tão importante para a sociedade atual.

O convívio em sociedade, e as muitas controvérsias advindas dele deram origem ao Direito como forma de solucionar os conflitos, passando estes logo após a serem tutelados pelo Estado, que no exercício de sua jurisdição, tinha o objetivo de resolver e pacificar as discussões que eram suscitadas. Ocorre que, para além do exercício jurisdicional, há também a autocomposição, a heterocomposição e até mesmo a autotutela como formas de superar os conflitos que são inerentes às relações humanas.

Sendo a Autocomposição, uma forma de resolver o conflito através do empenho das próprias partes envolvidas na relação conflitiva, sem a necessidade de acatar a imposição da vontade de uma terceira pessoa, haja vista que, a construção do consenso é exercida por elas, bem como explana Flávia Daiane Sousa Magalhães e Daniel Marcelo Alves Casella (2011): "a eliminação desses conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode ocorrer por obra de um ou de ambos os sujeitos envolvidos no conflito, ou porintermediação de um terceiro."(DANIEL, 2011).

Em contrapartida, a autocomposição assistida proporciona às partes o apoio de um terceiro imparcial que, na condição de

facilitador, irá colaborar na construção de soluções que contemplem o encerramento do conflito. Nessa modalidade ocorre o emprego de duas técnicas, são elas a conciliação e a mediação, podendo ocorrer na fase processual ou extraprocessual.

Na conciliação a presença de um terceiro facilitador se justifica no intuito de reestabelecer a comunicação entre as partes, por meio de técnicas que se desdobram no afastamento das partes da espiral de conflito, de modo que estas consigam alcançar um olhar prospectivo que às leve a construção de um acordo que venha a ser benéfico para ambos os lados. Enquanto na mediação, recomenda-se a presença de um mediador, na qualidade de terceiro imparcial, para os casos cujo as partes já possuem uma relação anterior ao conflito, de modo que reestabelecer a comunicação entre elas, torna-se mais desafiador e mais necessário também para que a boa relação se mantenha. Conforme pontua Rocha (ROCHA, 2008, p. 29), "A autocomposição pode ser alcançada com a participação de terceiros através das figuras do mediador e do conciliador".

Por outro lado, na Heterocomposição também ocorre a presença de um terceiro imparcial que não esteja relacionado ao conflito, porém, em contraste ao que ocorre na autocomposição assistida, ao invés de colaborar com a construção da solução, o terceiro nessecaso, decidirá sozinho sobre a solução do conflito, por meio da imposição de vontade.

Uma modalidade de heterocomposição que pode ser citada com o fim de aclarar sua ocorrência na prática é a arbitragem. Assim, segundo a definição de Freitas (p.625):

> As origens da arbitragem enquanto meio de composição de litígios, são bem anteriores à jurisdição pública. Em certo momento, as partes litigantes houveram por bem eleger terceiro que as pacificasse, terceiro este não investido dessa função pelo Poder Público. Pode-se mesmo dizer que a arbitragem foi

> norma primitiva de justiça e que os primeiros juízes nada mais foram que árbitros. (p.625).

Nela, as partes envolvidas na relação conflitiva elegerão um terceiro imparcial que decidirá sobre a controvérsia, desde que esta ocorra sobre direitos patrimoniais disponíveis. Isso é possível, em vista de uma cláusula incluída no instrumento contratual, cujo nome é cláusula de convenção de arbitragem.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA EM ÂMBITO NACIONAL

A evolução em âmbito nacional, passa historicamente pela implantação dos Juizados de Paz, fundando mais adiante os Juizados Especiais Cíveis, objetivando desobstruir o judiciário e, ampliando assim o direito ao acesso à justiça, empregando a mediação, a conciliação e a arbitragem e permitindo que o Poder Judiciário seja acessado por todos os que buscarem resolver os conflitos pelas vias judiciais.

A estabilização da Consolidação das Leis do Trabalho e o Código de Processo Civil, tiveram por finalidade tornar mais rápido os processos judiciais. Mas ainda existia uma insatisfação quanto ao desempenho do Poder Judiciário, assim, foi aprovada a Emenda Constitucional n° 45/04, ficando conhecida como a "Reforma do Poder Judiciário".

A Emenda Constitucional n° 45/04, trouxe várias mudanças, entre elas cabe destacar o artigo 5°, LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

> A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392).Um atrito em duas faces, de um lado tem-se a segurança jurídica e de outro a celeridade

> dos processos, resultando nas constantes alterações processuais. Pois para que seja obtida a celeridade e eficiência nos procedimentos judiciais é importante a cooperação das partes na resolução do litígio.

Com o acesso à informação a população está judicializando as demandas com mais frequência gerando uma sobrecarga nos Tribunais, que precisam se aproximar das partes litigantes para possibilitar um acesso à justiça com eficiência e celeridade nos processos.

Assim, a Conciliação que vinha timidamente sendo difundida ao longo dos ordenamentos, ganha espaço na Constituição Federal de 1988, quando esta, passa a abraçar o ideal de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" o que mais tarde passa a ser possível com utilização de métodos consensuais no tratamento considerado adequado para os conflitos, ademais, em seu artigo 5° inciso XXXV, foi assegurado o acesso à justiça como um direito que assiste a todos o que impulsionou o Poder Judiciário no sentido de implementar políticas públicas capazes de atender a demanda cada vez maior de litígios de natureza simples pautados mais especificamente nos conflitos de interesse inerentes à sociedade.

MOVIMENTO PELA CONCILIAÇÃO

Este foi um projeto de extrema importância para o desenvolvimento da conciliação em âmbito nacional, visto que, visava a partir do engajamento de todos os tribunais brasileiros, desconstruir a cultura da litigiosidade instalada na sociedade que já era capaz de perceber os alarmes que apontavam para sobrecarga judiciária, construindo, a partir do diálogo, soluções mais satisfatórias para as demandas sociais e como resultado das novas alternativas, o redirecionamento do pensamento litigante para o pensamento autocompositivo.

Segundo o artigo do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, o Sr. Amaury Rodrigues Pinto Júnior, no ano

de 2006, o Movimento pela Conciliação buscou alcançar a resolução de conflitos por meio de acordos celebrados entre as partes de boa-fé, que propiciassem vantagens e obrigações recíprocas, lançando no mesmo ano a Semana Nacional da Conciliação, como um evento anual que viesse a abarcar todos os tribunais do país.

Essa campanha, considerada um tanto ambiciosa por muitos, foi instituída pelo Conselho Nacional de Justiça, com o emprego do programa "Conciliar é Legal", que tinha como objetivo promover a conciliação como forma privilegiada de solucionar os conflitos jurídicos, abarcando nesse viés tanto as demandas judiciais como também aquelas que ainda não houvessem sido levadas à apreciação judiciária, estimulando para esse feito, a criação de espaços e mecanismos nas diferentes esferas do Poder Judiciário, destinados à busca por soluções negociadas entre as partes litigantes. De modo que, pudesse ser alcançado não só a agilidade na prestação do Estado enquanto detentor da tutela jurisdicional dos conflitos, mas também e principalmente, a finalidade do Direito ante o exercício da pacificação social, que é atingida quando as partes da demanda, ao invés de se polarizarem na condição de adversárias, passam a adotar a postura de colaboradores na construção de uma solução, compreendendo assim, que o esforço mútuo empreendido na resolução do conflito possibilita para ambos os lados um acordo mais benéfico.

Ademais, o movimento que empenhava esforços na adoção de alternativas não adversariais, já apresentava resultados positivos em sistemas jurídicos mais modernos como os da União Europeia, Estados Unidos e Austrália e, pautado nisso, o Movimento pela Conciliação que se iniciou no Brasil, reunia juízes de diversos Tribunais em um encontro anual denominado Semana Nacional da Conciliação, com o objetivo de discutir alternativas mais eficazes na resolução de conflitos e difundir os ideais autocompositivos abarcados pela conciliação.

Finalmente, através do Movimento pela Conciliação, alcançou-se o entendimento de que a mesma proporciona às partes da demanda não só uma forma mais acessível e célere em relação às custas e ao tempo do processo, mas principalmente, uma experiência mais

satisfatória e eficaz em vista de que, as partes, até então litigantes, enquanto agentes identificadores de suas próprias necessidades, oferecerão ao acordo as condições que lhes forem mais benéficas.

IMPLANTAÇÃO DOS CEJUSC'S

Inicialmente, cabe dizer que os chamados Cejucs são os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, comumente reconhecidos pela sigla. Os Cejucs compreendem aquele espaço nas esferas judiciárias, que vinham sendo pleiteados pelo Movimento pela Conciliação e que seriam destinados à prática autocompositiva, tendo como forma privilegiada de resolução de conflitos, a Conciliação. Assim, conforme explica o texto disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça em um de seus portais eletrônicos (TJPR, Jus, 2021, online):

> Os Cejuscs nasceram de experiências anteriores, entre elas a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984), posteriormente aprimorada pela Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995). Essas experiências, além de trazerem a mediação para o processo, permitiram a utilização tanto desse método quanto o da conciliação, já arraigada entre nós, em fase anterior à propositura da ação (fase pré-processual), evitando a judicialização de conflitos. (Cnj.jus.br, Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs)

No ano de 2010, a Resolução n° 125 do Conselho Nacional de Justiça, importante marco histórico que alavancou a Conciliação em âmbito nacional, firmou o compromisso por meio do referido Conselho, de organizar e promover políticas de pacificação social através de práticas autocompositivas, além de implantar os chamados Cejusc's, prevendo a instalação de ao menos 500 centros de atendimento.

A atuação dos Cejuscs compreende o atendimento às áreas dos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou de Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários. De forma que, esses espaços passam a ser "preferencialmente responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como respondam pelo atendimento e orientação ao cidadão", como dispõe o Conselho Nacional de Justiça, tornando-se assim, unidades do Poder Judiciário. A implantação destes Centros, seguiu em todo o território Nacional brindando, a sociedade com resultados extremamente positivos.

LEGISLAÇÃO

O crescimento dos debates sobre a conciliação, bem como o clamor por sua implantação pelo Poder Judiciário renderam ao tema uma atenção que resultou na criação de dispositivos que dispusessem sobre o tema como a própria Resolução n°125/2010, a Lei dos Juizados Especiais (L.9.099/95), a Lei da Mediação (L.13,140/2015), além de introduzir as práticas de conciliação e mediação no Novo Código de Processo Civil de 2015 que, em seu artigo 334 configurou as audiências de conciliação e mediação como parte do rito processual a ser seguido quando do recebimento da petição inicial pelo juízo. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, foi criado no ano de 2005, tendo como função principal facilitar o acesso à justiça para todos que buscassem o judiciário, sendo desenvolvido, para tanto, campanhas voltadas a conscientização referente à resolução dos litígios por meio de políticas públicas que promovam a transformação do pensamento litigante para o autocompositivo.

Objetivando a pacificação da sociedade, a conciliação e a mediação são utilizadas para diminuir a demanda de processos judiciais, ajudando a desobstruir as vias do Poder Judiciário.

Com intuito de restabelecer a comunicação entre as partes conflitantes e restaurar a paz social, o Conselho Nacional de Justiça criou a resolução n° 125/2010, com objetivo de pacificação "sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos" (Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010).

Para que a pacificação social seja comtemplada na sua plenitude é necessária uma transformação cultural, ou seja, mudança de atitudes por parte da sociedade, o que pode ser feito por meio de políticas públicas para a solução dos conflitos, conforme explica Almeida:

> A lei não serve apenas como forma de estabelecer normas [...] mas, também como forma de divulgação e criação de cultura [...] tornando-se uma aliada imprescindível para difundir o método em larga escala e em curto espaço de tempo. (ALMEIDA, 2012, p. 191)

Assim, a Resolução 125/2010 do CNJ, fala que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), devem ser implantados com o objetivo de promover a solução dos litígios de modo pré-processual, aplicando a política pública da paz social, estimulando uma resolução amigável entre as partes conflitantes e, utilizando os meios apropriados de conciliação e mediação.

Em 26 de setembro de 1995, foi promulgada a Lei n° 9.099/95, sendo uma ferramenta de suma importância para os juizados especiais e deixando mais claro a importância da cultura de paz em que as partes conflitantes podem resolver de forma célere e amigável seus conflitos.

A lei n° 9.099/95, foi criada com o intuito de agilizar as demandas processuais de menor complexidade que estavam reprimidas no Judiciário, concedendo um acesso à justiça, mais amplo e eficaz para todos na resolução dos seus litígios judiciais.

Nos juizados especiais, a inexistência de custas processuais no âmbito da primeira instância, proporciona ao jurisdicionado um

bom custo benefício além da celeridade processual. Feito alcançado depois de muita insistência da sociedade que não aguentava mais os autos custos processuais que eram aplicados, além da lentidão que demandava um processo judicial.

De acordo com o doutrinador Ricardo C. Chimenti (CHIMENTI, p.04, 2009), que fala sobre a justiça nos Juizados Especiais Cíveis:

> Trata-se de um sistema ágil e simplificado de distribuição da Justiça pelo Estado. Cuidando das causas do cotidiano de todas as pessoas [...], independente da condição econômica de cada uma delas, os Juizados Especiais Cíveis aproximam a Justiça e o cidadão comum, combatendo o clima de impunidade e descontrole que hoje a todos preocupa. (CHIMENTI, Ricardo Cunha, 11ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2009. P. 04)

A referida lei trouxe algumas inovações como os Juizados Especiais Cíveis, a dispensa do advogado caso a parte prefira e para as causas que não ultrapassem 20 salários mínimos. Não sendo cobrado as custas processuais, salvo nos casos expressos no artigo 55, da Lei n° 9.099/95:

> Artigo 55, da Lei n° 9.099/95
> Parágrafo único. Na execução não serão contadas custas, salvo quando:
> I - Reconhecida a litigância de má-fé;
> II- Improcedentes os embargos do devedor;
> III- Tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor.

Os juizados Especiais foram criados para serem próximos da comunidade, com processos menos onerosos. A Lei n° 9.099/95 foi inspirada na lei anterior dos Juizados de Pequenas Causa da Lei n° 7.244/84. No Juizado Especial Cível a parte que deseja propor uma

ação judicial, mesmo sem conhecimento jurídico pode formular a sua petição oralmente ou por escrito na própria secretaria do Tribunal, isso torna mais fácil o acesso à justiça.

A Lei da Mediação n° 13.140 de 2015, apesar do nome que referencia apenas a Mediação, denota grande importância no âmbito da conciliação, isso porque conforme explicao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em análise disponível em seu portal eletrônico: "Tanto a Lei 13.140/2015 quanto o Código de Processo Civil tratam a conciliação como um sinônimo de mediação, mas na prática há uma sutil diferença".

Logo, apesar de serem métodos muito similares, o próprio ordenamento jurídico trata de diferenciar os institutos, é sabido que a mediação por suas próprias singularidades estabelece alguns critérios distintos daqueles apresentados pela conciliação, a exemplo disso podemos citar o artigo 11 da referida Lei, que dispõe sobre os pressupostos imprescindíveis de formação acadêmica para a atuação como mediador, qual seja:

> Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Por tais motivos, em que pese ser do conhecimento de todos a existência de sutilezas pertencentes em ambos os institutos, a doutrina concorda com fato dos dois comporem o rol das práticas autocompositivas, exercendo, cada um em seu liame, a facilitação na resolução dos conflitos, bem como a pacificação social por meio

da reeducação da sociedade pelo diálogo e do abandono da cultura litigante pelo exemplo empregado nas técnicas abrangidas pelas práticas autocompositivas, ao passo que, os resultados positivos alcançados por eles podem ser vistos não só na satisfação do interesse social de forma mais efetiva, como também no desenrolar da Justiça que, ainda a passos lentos, porém concisos, vai eliminando a sobrecarga que assolou o Judiciário e comprometeu a celeridade da prestação jurisdicional. Nessa senda, segundo Andrade:

> Com amparo nessa perspectiva, propomo-nos a análise do instituto da conciliação, uma vez que o mesmo visa garantir um amplo acesso a justiça, com observância do princípio da razoável duração do processo, o qual veio incentivar e legitimar iniciativas que prestigiem a sociedade com soluções justas, satisfatórias e tempestivas. (ANDRADE, 2102, p.30).

De certo que, a Lei n° 13.140 de 2015, por reconhecer a similaridade na finalidade dos institutos, representa um grandioso passo na evolução nacional da conciliação que aos poucos, conquista resultados e demonstra sua efetividade na chamada "Justiça do Futuro".

A CONCILIAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A Constituição Federal, em seu artigo 5° inciso XXXV, apresentou o acesso à justiça como um direito que assiste a todos, asseverando que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", o que impulsionou o Poder Judiciário no sentido de implementar políticas públicas para o tratamento eficaz dos conflitos. Outros dispositivos do texto constitucional também nortearam o Judiciário brasileiro na construção de uma solução, ainda que paliativa a princípio, para o problema que se instalava, são eles:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Dessa forma, em vista da crescente necessidade, surgiu o Movimento pela Conciliação que possibilitou o vislumbre da mesma como um importante método de prevenção e solução de conflitos, que garantiria uma sociedade mais justa, além de assegurar celeridade na prestação jurisdicional em vista da observância da razoável duração do processo.

Assim, em razão do acúmulo de processos no Poder Judiciário, a busca por novas alternativas nos proporcionou o entendimento das práticas autocompositivas mais precisamente pelo instituto da Conciliação, como sendo a solução cada vez mais aceita no âmbito da pacificação social.

Fenômeno esse que pôde ser assistido quando, após o advento da Constituição de 1988 se desencadearam uma série de ordenamentos que abarcaram e incentivaram a utilização da Conciliação e de outras práticas autocompositivas, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n°8.078/90) que entrou em vigor em 1990, priorizando a criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e de Varas Especializadas para a resolução dos litígios e conflitos de consumo, sendo seguida pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n° 9.099/95) que dispôs que haverá a busca, sempre que possível, da conciliação ou da transação, propiciando maior visibilidade para a prática, podendo-se citar também o Código Civil de 2002 que previu em seu artigo 840 os ideais de conciliação ao assegurar que "É lícito aos

interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas", cabendo finalmente pontuar a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil de 2015 que, no artigo 334 configurou as audiências de conciliação e mediação como parte do rito processual.

A ESTAGNAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A OBSTRUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Em razão do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, o Poder Judiciário viu crescer a demanda dos conflitos de interesse que eram levados à sua apreciação, fato que cominou no assoberbamento da justiça brasileira e em seu consequente congestionamento na apreciação das demandas, levando o Estado a buscar outras alternativas capazes de solucionar, ainda que em parte, o problema referente a essa sobrecarga.

Dessa forma, os autores Auerbach, Adorno, e Pasinato (AUERBACH, ADORNO, e PASINATO 2007, p 44), entendem que "Embora todas as sociedades proporcionem instituições voltadas à resolução de disputas, não se pode afirmar que tais instituições devam ser necessariamente – ou exclusivamente – as jurídicas", ou seja, ainda que o Estado figure na posição de detentor da tutela jurisdicional, não nos cabe supor que deva ser ele o único responsável por proporcionar uma solução aos conflitos que se apresentam, principalmente, considerando os resultados positivos das práticas autocompositivas que, além de oferecer mais liberdade às partes na construção de seus acordos, ainda alcança soluções mais satisfatórias e justas, o que reiterou Cândido Dinamarco ao dizer que "O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade".

Ocorre que, as consequências da cultura de litigiosa tornaram-se mais e mais expressivas, ao passo que o tão aclamado acesso à justiça foi sendo comprometido com a sobrecarga em quantitativos cada vez maiores, de certo que a celeridade e a eficácia na prestação

jurisdicional foram se perdendo, cominando na estagnação do Poder Judiciário com a consequente obstrução do acesso à Justiça, pois, tornava-se cada vez mais difícil alcança-la.

Isso porque, a busca pela tutela jurisdicional do Estado continuava aumentando, em contraste com a capacidade efetiva do judiciário que ia diminuindo, já que quanto maior era o número de demandas, menor ia se tornando o quantitativo contemplado por uma prestação célere e satisfatória, instalando assim o ciclo vicioso da litigiosidade que tornou alarmante a sobrecarga do Poder Judiciário.

Ademais, diante desse cenário e, considerando os crescentes estímulos em prol dos métodos consensuais de resolução de conflitos, a vista dos esforços empenhados para crescimento do tema e do aumento de demandas relacionadas à Conciliação, no ano de 2010 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editou a Resolução n°125 que representou um grande marco na construção histórica da conciliação em âmbito nacional por dispor sobre a política judiciária acerca do tratamento adequado para os conflitos de interesse, agregando ao referido Conselho a competência e o compromisso de organizar e promover tais políticas de pacificação social através de práticas autocompositivas, além de implantar os chamados Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania (Cejusc), fato que mais tarde resultou na expansão da Conciliação enquanto técnica privilegiada para o tratamento adequado dos conflitos.

CONCILIAÇÃO X MEDIAÇÃO

A Mediação, assim como a Conciliação é um importante método consensual de resolução de conflitos, onde o diálogo é peça fundamental na construção de uma solução, haja vista que, as partes precisam administrar seus problemas em busca de uma solução mais vantajosa para ambos os lados da demanda. Assim, seguindo essa linha de raciocínio, Watanabe dispõe que:

> A mediação, desde que bem organizada e praticada com qualidade, é um poderoso instrumento de estruturação melhor da sociedade civil. Por meio dela, vários segmentos sociais poderão participar da mencionada obra coletiva, de construção de uma sociedade mais harmoniosa, coesa e com acesso à ordem jurídica justa. (WATANABE, 2014, p. 38)

Importa mencionar que ambos os institutos apesar de caminharem juntos e de compartilharem muitas características em comum, também são possuidoras de particularidades, utiliza-se a mediação quando os conflitos envolvem partes com uma relação próxima que seja anterior ao fato, motivo pelo qual, o mediador na condição de terceiro facilitador trabalha no sentido de reestabelecer a comunicação objetivando a resolução do conflito com a construção de um acordo e a restauração da relação prévia. Enquanto a conciliação é o meio que se emprega nas demais relações e, portanto, o meio mais comumente utilizado, nesse instituto a atuação do conciliador enquanto terceiro facilitador caminha no sentido de reestabelecer a comunicação entre as partes difundindo um olhar prospectivo que venha possibilitar a construção de um acordo que possa ser mais benéfico para ambas as partes da demanda.

O Código de Processo Civil faz uma distinção entre os institutos, na mediação o terceiro facilitador figurará como um ouvinte, não sendo necessária a sua intervenção, enquanto na conciliação, o conciliador será mais ativo, adentrando na relação conflitiva com para alcançar um acordo de vontades. Nesse ponto, Pereira define a conciliação da seguinte forma:

> A conciliação é uma forma de resolução de conflitos, onde um terceiro, neutro e imparcial, chamado conciliador, facilita a comunicação entre pessoas que mantém uma relação pontual na busca de seus interesses e na identificação de suas questões, através

> de sua orientação pessoal e direta, buscando um acordo satisfatório para ambas. (PEREIRA, 2015)

Em um contraponto à definição trazida por lei, Aristóteles (1987), definiu a mediação como sendo um princípio fundamental para um juiz, já que o dever deste ao impor sua vontade sobre a resolução do conflito seria estabelecer a igualdade entre as partes. Ou seja, suscitou-se assim, uma clara diferença entre ambos, haja vista que, o conflito na conciliação seria resolvido com base na vontade das partes, de modo que elas venham a decidir sobre o assunto sem que o conciliador tenha que impor uma decisão. E, em vista disso, há um entendimento doutrinário minoritário que gira em torno da compreensão da mediação como sendo uma prática heterocompositiva por contar com a presença de um terceiro na solução da lide, mesmo que este não imponha a sua vontade como ocorreria em se tratando de apreciação judicial da demanda.

Diante disso, tornou-se bastante comum a generalização da conciliação e da mediação como uma forma de negociação seja para a construção de uma nova relação ou para a restauração de uma relação antiga, sendo certo que ambas caminharão para a resolução do conflito ou para a pacificação entre as partes da relação conflitiva. De modo que, o fato que importa ser considerado é que a construção de um consenso entre as partes através do diálogo e o abandono das posições de adversários com a consequente adoção das posições de colaboradores, tem se mostrado a melhor forma de resolver os conflitos que são inerentes a sociedade, razão pela qual difunde-se a ideia de Justiça do Futuro.

Na sequência, ainda sobre a Conciliação, é importante pontuar que esta divide-se em duas modalidades, quais sejam, a pré-processual também chamada de informal, que ocorrerá antes de se submeter a lide à apreciação judicial, ou seja, antes da instauração da lide e, a conciliação processual propriamente dita, que ocorrerá após a instauração da lide nas vias judiciais. Com o fim de aclarar

o entendimento formulado sobre a modalidade pré-processual, o Conselho Nacional de Justiça dispôs que:

> Esse procedimento se constitui em um método de prevenção de litígios e funciona como opção alternativa ao ingresso na via judicial, objetivando evitar o alargamento do número de demandas nos foros e a abreviação de tempo na solução das pendências, sendo acessível a qualquer interessado em um sistema simples ao alcance de todos. [...] A principal característica dessa modalidade de conciliação é a promoção de encontros entre os interessados, nos quais um conciliador buscará obter o entendimento e a solução das divergências por meio da composição não adversarial e, pois, ainda antes de deflagrada a ação. (PROJETO MOVIMENTO PELA CONCILIAÇÃO, 2006, p. 02)

E não menos importante, sobre a modalidade processual, o seguinte conceito construído por Candido Rangel Dinamarco, é capaz de elucidar nossa compreensão:

> Conciliando-se as partes, o juiz homologará o ato celebrado entres estas, passando ele a ter a mesma eficácia pacificadora de uma sentença que julgasse o mérito, solucionando questões (art. 331, § 1º, e art. 449, Código de Processo Civil de 1973); extingue-se o processo com julgamento de mérito, o que s ignifica que as disposições ajustadas pelas partes e homologadas pelo juiz ficarão imunizadas pela coisa julgada material e em princípio só poderão ser rescindidas pela via da ação rescisória (art. 269, II, III e V, arts. 467-468 e art. 485, CPC). (DINAMARCO, 2005, p. 703)

Por fim, é correta então a percepção de que ambos os institutos caminham juntos e representam, em vista dos resultados cada vez mais positivos, o futuro da Justiça ao atingir a sua finalidade ante a pacificação social, transformando relações conflituosas em harmônicas com o alcance de soluções consideradas justas pelas partes, uma vez que, são elas que constroem um consenso a partir do diálogo.

AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO

Historicamente, ocorre que a Conciliação sempre esteve presente, ainda que pouco incentivada na prática. O Código de Processo Civil de 1973 que antecedeu o ordenamento jurídico vigente atualmente, previa uma tentativa de composição entres as partes, por meio de uma audiência preliminar. Contudo, esta acabava sendo designada já no curso da demanda, mais precisamente após a apresentação de contestação pela parte ré, fato que acabava cominando na tentativa infrutífera de composição, haja vista, que o diálogo dificilmente seria restaurado entre as partes que já se encontravam alteradas pela discussão acerca do conflito.

Os resultados quase nunca positivos não passaram despercebidos, tornando-se evidente a necessidade de transformação do pensamento litigante para o autocompositivo, sendo certo que essa transformação deveria ser instituída e difundia pelo Estado por intermédio de políticas públicas que suscitassem o tratamento mais adequado para os conflitos.

Pensando nisso, o advento da Resolução n°125 do CNJ no ano de 2010, trouxe à tona uma nova proposta que privilegiava a conciliação como forma de resolver os conflitos existentes, instaurando assim a chamada "Cultura da Paz", que conquistou o apoio de muitos doutrinadores e legisladores propiciando, inclusive, que no Novo Código de Processo Civil de 2015 fosse abarcado a utilização da conciliação e da mediação, bem como os métodos consensuais

como forma de propagar o estimulo à solução dos conflitos de forma consensual, o que fica bastante claro em seu artigo 3°:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
> § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Em vista disso, o referido ordenamento jurídico, em seu artigo 334 previu ainda que as audiências de conciliação e mediação passam a ser parte do rito processual a ser seguido quando do recebimento da petição inicial pelo juízo, de modo que após o devido recebimento, o juiz designará a audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo ocorrer a citação da parte ré com pelo menos 20 dias de antecedência. Denotando assim, a atenção do legislador em relação ao momento do procedimento, visto que, por ocorrer logo no início do trâmite processual, as chances de êxito na resolução consensual são consideravelmente maiores do que se ocorresse após a apresentação da contestação.

Dessa forma, as audiências de conciliação passam a ser o momento em que se oportuniza às partes a composição, que em geral, será alcançada mediante o diálogo e às concessões recíprocas. Essas audiências ocorrerão preferencialmente nos Cejusc's, devendo ser presididas pela figura de conciliadores ou mediadores devidamente capacitados para o ato, tudo isso visando a eficiência e celeridade do processo bem como a satisfação das pretensões pleiteadas.

As audiências de Conciliação serão compostas por algumas fases, inicia-se com a chamada nota de abertura, onde o conciliador

fará uma explanação criteriosa acerca do procedimento que será adotado, descrevendo as fases e as regras de boa conduta que devem ser observadas para o exercício de uma comunicação harmoniosa, ao final da explanação o conciliador irá indagar às partes se restaram dúvidas acerca do procedimento e se ambas concordam em participar do ato.

Na sequência ocorrerá a narrativa das partes, uma de cada vez de forma ordenada e sem interrupções de nenhum dos lados, seguido pelo resumo dos fatos que será feito pelo conciliador de forma neutra e imparcial trazendo os sentimentos que foram apresentados, os interesses reais das partes e as questões que foram identificadas para serem trabalhadas ao longo da sessão. Ainda no resumo o conciliador pode, inclusive, aclarar as propostas de acordo caso tenham ocorrido e nesse caso, dá-se início a fase de negociação onde ele irá verificar o interesse das partes acerca das propostas, ou trabalhar as questões que foram identificadas.

Finalmente, após a fase de negociação, a audiência poderá ser encerrada em dois resultados, o primeiro é o alcance de um consenso pelas partes e a celebração de um acordo de vontades que representa o êxito da tentativa de conciliação; o segundo resultado é a infrutífera tentativa de composição, onde ambas as partes manifestam o interesse no prosseguimento do feito, ou seja, na continuação do processo. Importa mencionar que, o resultado infrutífero da autocomposição, não necessariamente representa um resultado negativo, haja vista que, um dos objetivos da conciliação e da mediação é reestabelecer a comunicação entre as partes, o que significa muitas vezes, a resolução da lide sociológica por meio da restauração do diálogo entre as partes, ainda que a lide processual prossiga.

PRINCÍPIOS E TÉCNICAS DA CONCILIAÇÃO

Os princípios são as normas que objetivam traduzir a finalidade, ou seja, a razão de ser das normas. O Código de Processo Civil tratou de

estabelecer os princípios que norteariam as práticas autocompositivas, disciplinando em seu artigo 166, caput a seguinte informação:

> Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Assim, o princípio da independência cujo a proposta está na garantia de que o que for discutido ou resolvido em sede de audiência, não poderá suscitar um novo julgamento jurídico, dando, portanto, maior liberdade às partes na busca pela composição.

O princípio da imparcialidade, que vincula a atuação do conciliador à não interferência no resultado final, não lhe cabendo fazer juízo de valores ou mesmo pender para algum dos lados, razão pela qual também não é possível o aceite de presentes ou favores de qualquer tipo. Na sequência, o princípio da autonomia da vontade garante a liberdade das partes em propor ou aceitar as soluções, bem como em manifestar seu interesse acerca da realização da audiência ou da dispensa da mesma, conforme prevê o Código de Processo Civil.

Adiante, o princípio da confidencialidade, considerado um dos mais importantes, vincula a todos os presentes na sessão de conciliação bem como a todas as informações que forem produzidas ao longo do procedimento, garantido assim o sigilo e a proteção das partes envolvidas. Seguido pelos princípios da oralidade e da informalidade, cujo a proposta é justamente explorar as possibilidades da composição por meio da conversa que não deve ser eivada de formalidades ou linguagens rebuscadas, para não causar às partes qualquer nervosismo em vista da seriedade do procedimento.

E finalmente, o princípio da decisão informada que, segundo o Manual de Mediação Judicial, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça estabelece como condição de legitimidade da autocomposição a consciência plena das partes em vista dos seus direitos e da realidade fática na qual se encontram.

Na sequência, dentre as técnicas mais importantes do instituto da conciliação, destacam-se cinco, sendo elas a escuta ativa, o rapport, o parafraseamento, o caucus que se trata da sessão privada e a técnica de brainstorming que pode ser traduzida em tempestade de ideias. Segundo o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça essas técnicas também denominadas por ele de "ferramentas para provocar mudanças", podem ser melhor entendidas quando interpretadas da seguinte forma:

A escuta ativa é onde o conciliador se coloca na posição de observador, atentando-se à linguagem verbal e não verbal das partes de modo que estas, a partir do seu comprometimento em escutá-las tão atentamente sintam-se acolhidas e verdadeiramente ouvidas, para a melhor execução dessa técnica emprega-se o contato visual com aquele que está fazendo uso da palavra e algumas indagações com o fim de obter a certeza que as informações apresentadas estão sendo compreendidas da maneira correta pela parte ouvinte.

O Rapport, que é um termo de origem francesa e também uma das mais importantes técnicas utilizadas pelos conciliadores e mediadores, diz respeito ao estabelecimento de uma relação de empatia com as partes e principalmente, entre elas. Consiste em criar uma relação de confiança, onde as partes se sintam à vontade para expor seus pontos de vista, propondo um diálogo aberto, construtivo e harmonioso que possibilite o alcance da autocomposição.

O parafraseamento, que consiste na recontextualização da fala das partes, de modo que o conciliador ou mediador sintetiza as informações reformulando-as sem alterar seu sentido, porém, passando a expô-las de uma forma mais harmônica prezando sempre pelo emprego da comunicação não violenta. Essa técnica também é utilizada quando o conciliador tem como objetivo fazer com que as partes enxerguem o conflito por outro ponto de vista.

Já o caucus, é uma técnica que consiste na sessão privada, nada mais é do que uma reunião realizada com cada uma das partes durante a sessão e com uma duração igual para ambas devendo ocorrer uma após a outra, de modo que nenhuma das partes se

sintam favorecidas ou menosprezadas em vista do tempo a maior ou a menor. Essa técnica é muito utilizada durante as sessões, ela tende a ocorrer quando o conciliador ou o mediador sente a necessidade de estabelecer um vínculo maior de confiança com as partes, ou ainda, quando a comunicação entre elas estiver muito difícil.

Por fim, a técnica de brainstorming que consiste na "tempestade de ideias", tem a ver com autonomia das partes em sugerir soluções ou caminhos que possam ser explorados para se chegar a um consenso. Através dessa técnica é possível superar os impasses que se colocam ao longo das negociações, por meio da participação das próprias partes que somente tem a ganhar com o alcance de um consenso.

PAPEL DO CONCILIADOR

Como já foi tratado anteriormente, o papel do conciliador é o de facilitar a comunicação entre as partes, de modo que através do diálogo possa ser alcançada a resolução do conflito. Nesse viés, Maria Serpa descreve o papel do conciliador da seguinte forma:

> O conciliador apazigua as questões sem se preocupar com a qualidade das questões. Interfere, se necessário, nos conceitos e interpretações dos fatos, com utilização de aconselhamento legal ou de outras áreas. (SERPA, 1997, p.80).

Ou seja, é o conciliador, a figura responsável por conduzir as partes na jornada autocompositiva, cabendo a ele através do diálogo afastar as partes dos problemas e incentivá-las na utilização de um olhar prospectivo que possa leva-las a se entender não mais na posição de adversárias e sim na de colaboradoras na construção de um acordo que venha a ser benéfico para ambos os lados como dispõe Silva, segundo o qual, "A conciliação é um processo autocompositivo no qual um terceiro imparcial (o conciliador) auxilia as partes em conflito a

fim de encontrar uma solução satisfatória para todas as partes (Silva, 2013)".

Conforme a definição oferecida pelo Conselho Nacional de Justiça, "o conciliador é uma pessoa que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, a aproximação de interesse e a harmonização das relações", desse modo, na condição de terceiro facilitador, faz parte do seu papel estabelecer um ambiente equilibrado de calma e tranquilidade que possa proporcionar às partes a segurança de que precisam para tentar com civilidade e maturidade a resolução de suas contendas por meio da comunicação produtiva, que é aquela onde ao invés de disparar ataques ou demandar tempo remoendo os fatos que desencadearam o conflito na relação, as partes adotam uma linguagem clara e respeitosa originando um cenário colaborativo em detrimento daquele onde antes se polarizavam, como passa a explicar Porto:

> O conciliador é um dos sujeitos da conciliação, devendo agir de forma neutra e imparcial, criando um momento e situação cujas partes possam se sentir confortável para negociar. (Porto, 2008).

Diante disso, entende-se que o papel do conciliador é de suma importância para o processo da conciliação, haja vista que, a condução e o zelo pelas formalidades do procedimento são de sua responsabilidade, razão pela qual sua postura nas audiências deve atender aos princípios que norteiam o método, bem como deve transmitir a segurança na utilização das técnicas e na observância das etapas procedimentais das sessões.

Nas audiências de conciliação caberá ao conciliador ser claro em sua nota de abertura já que é a partir dela que as partes tomarão conhecimento do procedimento que será adotado, além é claro de suas formalidades. Durante a narrativa das partes, corresponde ao seu papel, escutar atentamente ao que é dito colocando em prática a

técnica da escuta ativa, de forma que as partes se sintam respeitadas e verdadeiramente ouvidas.

No resumo, caberá a ele se expressar de forma neutra e imparcial cuidadosamente trazendo os pontos apresentados em ambas as narrativas sem, contudo, adentrar muito aos fatos para não provocar nas partes a sensação de que está pendendo para algum dos lados, cabe a ele validar quando necessário, os sentimentos que foram abarcados pelas partes em suas falas, de modo que elas se sintam compreendidas, lhe correspondendo também pontuar seus interesses reais, aqueles que estão, muitas vezes implícitos em suas narrativas.

Ainda na fase do resumo, caberá ao conciliador pontuar as questões que foram identificadas, as questões tratam dos pontos controvertidos, que nada mais são do que os pontos de discordância acerca do objeto que se discute, devendo após sua apresentação, colher das partes a concordância em relação a identificação realizada, podendo alterá-las a depender da resposta das partes, todavia, se positivas em vista da identificação, o conciliador deverá montar uma agenda de trabalho, ou seja, um roteiro para a exploração do diálogo onde possa vislumbrar quais técnicas da conciliação serão melhor empregadas na oportunidade, dando início então a fase de negociação que poderá resultar na composição ou na infrutífera.

Nessa senda, é possível compreender que o papel do conciliador vai muito além de conduzir as sessões de conciliação, reverberando positiva ou negativamente no resultado das tentativas de autocomposição.

A EFICÁCIA NA LIDE SOCIOLÓGICA E O DIREITO DE FAMÍLIA

Com o fim de alcançar um melhor direcionamento acerca do assunto, se faz necessária uma rápida conceituação da lide sociológica, cabendo para tanto uma diferenciação entre esta, e a lide processual. Conforme dispôs Bacellar (2003), existe uma clara distinção acerca do que é trazido e apresentado pelas partes ao Poder Judiciário e

aquilo que de fato as partes possuem como interesse. Ao passo que se considera a lide processual aquilo que é apresentado como síntese do conflito sob o ponto de vista processual de ambas as partes, onde estarão presentes os fatos constantes da petição inicial bem como os da contestação. E, em contrapartida considera-se a lide sociológica, aquela que se apresentará pela ótica dos próprios envolvidos, e que virá carregada de suas questões, sentimentos e de seus interesses reais.

Sendo esta, o meio pelo qual se alcançará efetivamente a satisfação plena das partes, pois, haverá a identificação daquilo que realmente motivou a demanda e que mereceum tratamento que está além daquele oferecido às questões juridicamente tuteladas, ou seja, o objetivo que antes era colocar um fim ao processo, agora passa a ser resolvê-lo através da identificação dos interesses reais das partes e por meio de seu próprio empenho em um diálogo onde as mesmas, construirão a solução. Nesse sentido, Tartuce (2019) nos traz o seguinte entendimento:

> O efeito verdadeiramente pacificador almejado pela prestação jurisdicional dificilmente é obtido com a imposição da decisão do juiz. Se as próprias partes puderem protagonizar a administração do conflito compreendendo suas múltiplas facetas e abordando-as de forma ampla e produtiva, certamente haverá mais chances de superação da situação conflituosa e de adesão aos termos definidos no acordo. (TARTUCE, 2019, p. 371).

Dito isto, convém observar que o Direito de Família, por sua própria natureza, é capaz de retratar a estrutura organizacional da sociedade em pequenos núcleos sociais e familiares, apresentando a necessidade de maior atenção no momento da resolução de seus conflitos, isso porque resolver a lide processual nem sempre trará a satisfação almejada pelas partes quando procuram o Poder Judiciário com suas questões. A necessidade de se resolver a lide sociológica,

tanto quanto a lide processual, se dá em razão da busca pela satisfação dos interesses reais das partes, além é claro, da existência dos vínculos mais duradouros e de sua continuidade ou não, a depender do resultado da contenda. Em vista disso, Sena (2007) dispõe que:

> A mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no simbólico, ódios e amores que as diferenciam. A mediação facilita às partes a possibilidade de interpretar seus ódios e amores. O que é mediável são os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, nem desejo (elas são transações que podem estar disfarçadas de mediações). Nos casos patrimoniais sem história, se decidem as diferenças, não existe conflito a resolver. Para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, amor ou de dor. (2007 apud Warat, 2006, p. 22)

Ou seja, aquilo que é mediável, é justamente a lide sociológica, cabendo inclusive, a compreensão de que tratando as relações que envolvem as partes, ou dando a estas a oportunidade de se tratarem a partir de uma comunicação produtiva estabelecida no diálogo, existirá uma chance maior de se alcançar a satisfação plena das partes e a resolução eficaz do conflito, haja vista que estas trabalharão em cima de seus próprios interesses, porém, reconhecendo e compreendendo melhor os interesses reais da parte com quem contende facilitando assim, a construção de um acordo de vontades mais benéfico para ambas.

Finalmente, os institutos da conciliação e mediação tem o condão de contribuir no Direito de Família de modo a semear nas partes a ideia colaborativa em detrimento da ideia adversarial que somente polarizam as partes tornando ainda mais difícil a resolução dos conflitos que surgem. Assim, a eficácia na lide sociológica, se deve especialmente à utilização da ferramenta do diálogo, que age

reestabelecendo a comunicação entre as partes e oportunizando a elas a chance de decidirem por si mesmas qual será a forma de resolução do conflito e ainda, como será a continuidade ou não, de suas relações, chance essa, que somente se alcança com a compreensão da outra parte como colaboradora e não mais como adversária.

Têm-se no Direito de Família uma forma de visualizar melhor a eficácia dos métodos autocompositivos, uma vez que, quando se alcança a resolução do conflito, nesses casos, o resultado é duplamente positivo, pois, se as partes trabalham juntas na construção de uma solução, de um lado resolve-se a lide processual colocando fim ao processo e, do outro, resolve-se a lide sociológica, restabelecendo as relações e contribuindo para a pacificação social.

Ainda nessa linha de pensamento, a Conciliação bem como a Mediação, podem nos proporcionar, não só a efetiva resolução dos conflitos com sua eficácia na lide processual e sociológica, como também a reeducação da sociedade por meio do diálogo com a consequente redução dos litígios, principalmente, os de natureza simples. Razão pela qual as práticas autocompositivas já começam a ser entendidas como o futuro da Justiça, por serem capazes de reestabelecer a celeridade processual observando a razoável duração do processo, a pacificação social em vista da satisfação dos interesses de forma colaborativa, e o acesso à Justiça por meio do descongestionamento das vias do Poder Judiciário com a resolução e a diminuição de demandas para apreciação, afinal, como foi pontuado por Calmon Filho (2012, p. 37), "a harmonia social é a regra e o conflito exceção".

O DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de família tem por responsabilidade instituir as relações que envolvem opatrimônio constituído através do matrimônio e dos laços entre as pessoas, da curatela, do vínculo sanguíneo de parentesco, da tutela e da união estável, entre várias outras esferas.

A família tem a proteção do Estado porque corresponde a uma estrutura de diversos núcleos familiares que formam a sociedade, ditando desde logo as "regras de convivência e costumes" que em sequência vão dando origem à política no Estado. Fato que se ampara na Constituição Federal quando em seu artigo 226 dispõe que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

O contexto de família na perspectiva atual e sobre a ótica constitucional configura a família no plural, abandonando o modelo único da constituição a respeito do vínculo familiar e abrangendo outros modelos de núcleos familiares existentes na sociedade atual, em uma tentativa de extinguir o contexto de discriminação que involuntariamente se instituiu no ordenamento jurídico ao tratar como família apenas aquele núcleo consanguíneo proveniente da relação entre o homem e a mulher, nesse sentido, Maria Berenice Dias (DIAS, 2008, p. 52/53) apresenta a seguinte visão:

> O Direito de Família, ao receber o influxo de Direito Constitucional, foi alvo de profunda transformação, que ocasionou verdadeira revolução ao banir discriminações no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Foi derrogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres (...). Também se alargou o conceito de família para além do casamento. (DIAS, 2008, p. 52/53)

Portanto, ainda que a família se constitua por pessoas ligadas por laços de afetividade, esses pequenos núcleos sociais não estão isentos de conflitos, pois, como já foi demonstrado os conflitos são inerentes a natureza humana, principalmente, em se tratando de relações cujo o convívio é tão próximo como o que ocorre no contexto familiar. De certo que, não seria prudente aqui, instituir como forma exclusiva de resolução desses conflitos, a imposição de um terceiro ainda que imparcial, já que este somente se preocuparia em resolver a lide

processual, deixando de lado as relações que realmente importam para as partes e que poderiam ser restauradas pela resolução da lide sociológica.

Assim, surge a conciliação e mediação como maneira de promover a resolução destes conflitos, todavia, de uma forma mais atenciosa em relação as suas particularidades, priorizando a restauração das relações humanas de forma mais harmoniosa e não, somente, o fim do processo.

Esses métodos consensuais se apresentam como formas alternativas de resolução de conflito, onde será dada às partes a oportunidade de conversar, e de por meio do diálogo, alcançar soluções que lhes sejam mais benéficas. Podendo, inclusive, proporcionar a reeducação das partes envolvidas na demanda, em vista de que, resolver os conflitos através do diálogo promove o amadurecimento das relações e do aprendizado que passa a ser considerado para a transformação da mentalidade litigiosa na autocompositiva, tendo por consequência a diminuição de conflitos judicializados.

A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Em se tratando de direito de família cabe ressaltar que, este é um ramo que considera os direitos da família vinculados ao direito à vida, tendo em vista que a sociedade é formada por núcleos familiares, que se unem pelos laços que sustentam esse pilar, já que o homem é um ser social, ao passo que socializar, ou seja, manter relações com outras pessoas corresponde a um fator de extrema importância.

Os litígios familiares que são levados para o judiciário, são afetados quando enfrentam a realidade de que de um lado haverá a figura de um perdedor e do outro, a de um ganhador, o que opera uma influência negativa diretamente no relacionamento familiar, por polarizar as partes que poderiam estar reunidas no sentido uno de solucionar suas questões, considerando que a construção de um

acordo de vontades beneficiaria ambos os lados, conforme demonstra Serpa (SERPA, 1998, p. 18), ao pontuar que, "As disputas familiares, por definição, envolvem relacionamentos que precisam perdurar. A síndrome do perde-ganha dos tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz".

A conciliação e a mediação vêm então, para facilitar a solução dos litígios, fazendo com que as partes conflitantes tenham protagonismo e empoderamento nas resoluções dos seus conflitos, demonstrando a importância que eles têm no núcleo familiar, aclarando o quão prejudicial é a disputa entre eles e o peso que isso coloca em cima da permanência da relação.

Dessa forma o emprego de soluções mediadas, seja no âmbito da conciliação ou da mediação, representa um avanço da sociedade, bem como o amadurecimento das relações humanas podendo ser daquelas relações superficiais ou das mais aprofundadas, o fato é que trabalhar de forma colaborativa na identificação do real interesse envolvido no conflito e que muitas vezes está oculto, restaura as relações de modo a ensinar às partes a maneira mais eficiente para resolver os conflitos atuais e futuros, ou seja, a construção de um diálogo e a mantença de uma comunicação produtiva e harmoniosa.

ACONCILIAÇÃOE A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA DO PODER JUDICIÁRIO

Como já foi demonstrado, ambos os institutos dentro de suas singularidades, exercem um papel de extrema importância no âmbito da pacificação social, bem como na viabilização do acesso à Justiça, o que ocorre em razão de tanto a conciliação quanto a mediação se disporem a resolver as relações de discordância da forma mais adequada e, portanto, da forma considerada mais justa, uma vez que, atenderá a ambos os interesses reconhecendo-os e trabalhando-os no sentido da plena satisfação das partes a partir, é claro, de uma solução

consensual que será construída e alcançada por elas, tais finalidades previstas, inclusive, no texto constitucional.

O emprego das práticas autocompositivas nas relações conflituosas, apresenta resultados positivos na tentativa de solucionar os problemas que assolam a Justiça, fazendo com que esta possa ser alcançada por todos os que têm o interesse em submeter suas demandas à apreciação do Estado enquanto detentor da tutela jurisdicional, como estabeleceu a Constituição Federal em seu artigo 5°, inciso XXXV, tornando-se uma característica dos grandes sistemas processuais por fornecer à Justiça um meio de lidar com seus problemas estruturais, além de proporcionar as partes o alcance a uma satisfação mais plena que será construída por elas com a consequente desjudicialização das controvérsias.

Conforme explica Watanabe (2011, p.384), "Não basta apenas como garantia o mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, [...] e sim o acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada", a importância destas palavras é facilmente entendida quando observamos que a cultura litigiosa estabelecida na sociedade, se expandiu de tal forma que resultou no congestionamento da Justiça, comprometendo garantias constitucionais que deveriam nortear o funcionamento do Poder Judiciário além de assegurar aos indivíduos que o buscassem, a apreciação de todas as demandas de forma célere e tempestiva garantindo assim um tratamento isonômico.

Nesse sentido, os autores Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 32) nos elucidam da seguinte forma:

> A primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual. A desformalização é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também à gratuidade constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres,

> cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a delegalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional).

Tanto a Conciliação quanto a Mediação operam na Justiça como uma ferramenta do Poder Judiciário no intuito de atingir a pacificação social e com isso, promover a resolução dos conflitos que se apresentam, e o tratamento adequado à litigiosidade impregnada na sociedade contemporânea. A heterocomposição como fase seguinte da tentativa infrutífera de autocomposição na linha processual conta com a presença de um terceiro imparcial que decidirá sobre demanda, na visão de Splengler e Splengler Neto (2010, p.23)

> Unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o solucione. Espera-se pelo Judiciário para que digam quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o verdadeiro vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar muros normativos, engessa a solução da lide em prol da segurança. Ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático.

Contudo, quando essa transferência da prerrogativa de decisão ocorre, o terceiro imparcial na posição de juiz decidirá de modo a acolher integralmente o pleito da parte autora ou da parte requerida, ou ainda, poderá decidir de forma parcialmente procedente para ambas, o que dará origem a figura de um vencedor e consequentemente,

de um perdedor também, razão pela qual a animosidade nascida da relação conflitiva não se encerra, apenas se agrava ou permanece.

Não obstante, é seguro dizer que não haverá a satisfação plena dos interesses pretendidos pelas partes, visto que não será possível agradar de forma igual ambos os lados da contenda, pois, ainda que se decida de forma parcialmente favorável, corre-se o risco de não atender àquilo que correspondia ao interesse real da parte e que pode ser representado no todo da lide processual ou em uma pequena porcentagem do que se havia pedido e que, no momento decisório calhou de ser favorável a outra parte da demanda. Diante disso, a autocomposição vem sendo fortemente incentivada e tem demonstrado resultados cada vez mais positivos já que consegue colocar as partes em uma relação de igualdade onde estas não mais estão divididas em polos opostos como adversárias, e sim em uma unidade na posição de colaboradoras na construção de uma solução que venha a ser benéfica para ambos os lados, o que permite ao Poder Judiciário promover uma resolução mais adequada e também mais justa através dos métodos consensuais que atualmente lhe servem de ferramentas.

A RESOLUÇÃO DA LIDE SOCIOLÓGICA

A resolução da lide sociológica está para além da solução jurídica empregada ao conflito que se submete à apreciação jurisdicional. Sabe-se que o conflito nada mais é do que o resultado da convivência em sociedade e, em que pese seja visto muitas vezes como algo negativo deve, no entanto, ser interpretado como o que de fato é, ou seja, uma consequência natural das relações humanas, consequência essa que impulsiona o amadurecimento da sociedade e a sua evolução ao longo dos tempos.

Não é incomum que as soluções empregadas no âmbito da prestação jurisdicional resultem na insatisfação por uma ou por ambas as partes da contenda, fato que ocorre muitas vezes, em razão

da inobservância das questões emocionais e subjetivas que compõe o conflito em si e que quando ignoradas reforçam a instabilidade social por não alcançarem a restauração das relações interrompidas pelo conflito ou, ao menos, a satisfação mútua dos interesses empenhados na demanda.

Nesse sentido, Warat (WARAT, 2001, p. 31), explica que, "Atacar as causas do conflito é não se concentrar no próprio conflito (que é apenas efeito), mas no sentimento das pessoas, ajudando-as a olhar para si mesmas e a sentir seus sentimentos". Ante o exposto, depreende-se dessa ideia que a concentração una, exclusiva e absoluta no próprio conflito tem o ímpeto de solucionar o conflito que, nesse caso pode ser entendido como a lide processual, aquela cujo a solução depende somente da prestação jurisdicional do Estado-Juiz que irá decidir quem é o detentor do direito que se discute. Todavia, o enfoque no conflito em si, resolve apenas uma parte do problema, permanecendo para além de qualquer decisão a pendência acerca da lide sociológica, que deve ser entendida em um mesmo grau de importância ou em um grau ainda maior do que a lide processual, já que é a partir dela que se devolverá a paz à inquietude suscitada pelo conflito e será através dela que se alcançará a satisfação plena das partes ou até mesmo a restauração dos vínculos interrompidos pelo conflito.

Assim, explica Buitoni (2011, p. 179) que:

> Quando no sistema jurídico se pratica a escuta é com a pretensão de fechar as lacunas do conflito, o que só é possível artificialmente, por uma convenção do sistema jurídico. O objetivo da escuta judicial não é entender o conflito, mas, terminá-lo. A solução jurídica é apenas ilusória, pois na prática pode terminar, pontualmente, aquela controvérsia, mas, o conflito em si não termina.

E, portanto, torna-se evidente a importância da resolução da lide sociológica na efetividade dos métodos autocompositivos, pois, tratar

as questões subjetivas e as questões emocionais, significa reconhecer os interesses reais das partes que segundo o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça, podem ser entendidos como:

> [...] os aspectos da controvérsia que mais importam para uma ou para ambas as partes. Juridicamente, os interesses são qualificados como a razão que existe entre o homem e as razões da vida. Muitas vezes, os interesses não são demonstrados de forma absolutamente clara, mas são trazidos à mediação por meio de posições.

Ou seja, o diálogo estabelecido em vias de conciliação e mediação possibilita a identificação desses interesses, segundo os quais o conflito se compõe, de certo que reconhecê-los e trabalhá-los ao longo das sessões propiciam às partes um cenário de colaboração mútua, onde ambas procuram a satisfação de seus próprios interesses, porém, agora de um ponto de vista mais amplo, enxergando os interesses da outra parte de modo a identificar concessões que lhes são passíveis em vista de um bem maior, qual seja, a construção de uma solução mais benéfica para ambas as partes.

Por fim, a resolução da lide sociológica é medida necessária na prática autocompositiva, pois é de extrema importância para a efetividade dos métodos consensuais.

A MUDANÇA DA MENTALIDADE E A REEDUCAÇÃO DA SOCIEDADE

Inicialmente, cabe aqui pontuar que atualmente, em que pese os esforços empreendidos pelas políticas públicas no intuito de propagar a utilização de métodos consensuais como forma mais adequada no tratamento de conflitos, a cultura litigiosa ainda é predominantemente adotada pela sociedade. Nesse viés, Calmon Filho (2011, p. 42) dispõe que:

> A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual não somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como igualmente, o hábito predominantemente de atribuir ao Estado à responsabilidade de proporcionar sua solução.

Dessa forma, como foi anteriormente demonstrado, essa cultura litigante resultou não só em uma quantidade exorbitante de conflitos, como também no assoberbamento do Poder Judiciário que obteve como uma de suas consequências o comprometimento do acesso à Justiça. Sendo certo que, a necessidade de mudar era cada vez mais percebida não só no âmbito judiciário como também na sociedade, que já tinha que lidar com efeitos dessa sobrecarga. Nessa linha, Ludwing pontua que:

> É preciso mudar a concepção cultural do brasileiro de ser reticente, ter desconfiança ou aversão a procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos, como já ocorria na arbitragem e com os juizados de pequenas causas [...] O brasileiro sempre prefere que o conflito seja solucionado pelo Poder Judiciário. (2012 apud MARTINS, 2008, p. 08)

E em vista dessa necessidade, a sociedade viu nascer de forma mais incisiva o Movimento pela Conciliação, que impulsionou o estudo, bem como, a implementação de políticas públicas no sentido de difundir essa nova cultura e, em um cenário mais ambicioso propagar a mudança da mentalidade litigante para uma mentalidade autocompositiva, cujo o sucesso na construção de uma solução viável e satisfatória incumbiria às próprias partes com o auxílio de um facilitador mas que, por meio de seu empenho alcançariam a resolução da lidede forma colaborativa e não mais adversarial.

Essa mudança, que começou timidamente e que aos poucos veio conquistando adeptos resultou em um movimento fortemente difundido e que ainda nos dias atuais demonstra resultados muito positivos no sentido de representar uma solução para os problemas estruturais da Justiça do hoje, além de propiciar a esperança de uma Justiça próspera para o amanhã.

Sabe-se então que o Movimento pela Conciliação instituído pelo Conselho Nacional de Justiça reuniu os Tribunais em um evento anual denominado Semana Nacional da Conciliação cujo o intuito inicial era o de difundir os ideais da prática autocompositiva bem como estudar ideias de viabilidade para a sua implementação por meio dos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania (Cejusc). Galgando assim, cada vez mais degraus no sentido de transformar a mentalidade litigiosa na autocompositiva, fato que pode ser observado na fala da então Ministra Eliana Calmon que, ao tempo da sexta edição da semana da Conciliação, pontuou que:

> Estamos chegando à conclusão de que as alternativas de resolução de conflito são a solução para o Poder Judiciário, deixando-se aquela tradicional.
> [...]
> Das alternativas de solução de conflitos que possuímos, a conciliação é a que se apresenta mais adequada. (CAMPANHAS DO JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça – CNJ.)

Não obstante, a reeducação da sociedade acontece simultaneamente ao emprego das práticas autocompositivas, haja vista que, o contato com os métodos consensuais de resolução de conflitos, além é claro do conhecimento de seus resultados provocam nas partes a transformação acerca do olhar envolvido na busca pela solução dos conflitos. Essa reeducação vem atrelada à mudança da mentalidade, o que ocorre em vista de que quanto mais se alcança essa transformação cultural da sociedade, mais ela evolui no âmbito

de seu amadurecimento intelectual, razão pela qual a tendência cada vez mais aparente é a do abandono da prática litigante em prol da adoção da prática autocompositiva e, em uma expectativa mais ampla a reeducação da sociedade que passa a considerar os métodos consensuais como uma forma mais justa e adequada de solucionar suas contendas a partir de uma comunicação produtiva.

O RECONHECIMENTO DA PRÁTICA AUTOCOMPOSITIVA COMO FORMA DE GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA

Primeiramente, convém pontuar que o assoberbamento do Poder Judiciário que se deu em razão do alto número de demandas pautadas, mais precisamente nos conflitos de interesse que envolviam as partes do litígio, acabaram por comprometer o acesso à Justiça em vista da morosidade e da onerosidade que passou a compor o rito processual motivada, é claro, pelo número excessivo de contendas submetidas a apreciação judiciária, ao passo que, a cultura litigiosa tornou-se predominante o que cada vez mais alarmava para o resultado do congestionamento do Poder Judiciário.

Nesse sentido, surgiu também o empenho do Estado em resolver ou ao menos tentar conter a cultura litigiosa que tinha como consequência uma onda interminável de lides. Fazendo crescer os esforços em prol das práticas autocompositivas, que eram capazes de proporcionar ao Judiciário, bem como ao jurisdicionado uma solução eficaz, mais célere, menos onerosa e que trariam o sentimento de justiça muito mais vivo, haja vista que, uma solução construída pelas próprias partes da demanda teria o condão atender de forma muito mais satisfatória as expectativas criadas por elas, do que uma decisão tomada unilateralmente pautada apenas no conflito e sem o devido aprofundamento nas razões ou mesmo nas relações que o precederam. Acerca disso Ludwing (2011 apud CAPELLETTI e GARTH, 1988, p. 84) dispõe que:

> Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte vencedora e a outra vencida ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado. (2011 apud CAPELLETTI e GARTH, 1988, p. 84).

Assim, o reconhecimento das práticas autocompositivas como forma de garantir o acesso à Justiça é cada vez mais adotado e difundido pelos doutrinadores, legisladores e até mesmo pela própria sociedade, que vem descobrindo aos poucos os benefícios oferecidos nos métodos consensuais.

Portanto, não há mais que se falar em dúvidas acerca da eficácia da Conciliação e de outros métodos consensuais difundidos, isso porque o seu emprego, ainda que não atinja 100% de sucesso, carrega margens extremamente altas de sucesso e de aceitabilidade pelos usuários, de certo que, ainda que o caminho seja longo para essa transição da cultura litigiosa para a autocompositiva, esta com toda a certeza faz jus às expectativas que lhes são criadas.

A sociedade, ao longo dos séculos já superou a fase da violência por mera violência, da autotutela com o emprego da violência como forma de resolver os conflitos, e agora vem tentando de forma eficaz se desvencilhar da cultura litigiosa que elegeu o Estado como o detentor exclusivo do poder de decisão acerca dos conflitos que lhes eram próprios, fato que cominará, muito em breve, na adoção dos métodos

consensuais onde o emprego do diálogo será a ferramenta principal para o alcance de soluções satisfatórias pelas partes, brindando à Conciliação, com o título de Justiça do Futuro, por construir pontes ao invés de muros.

Por fim, a eficácia da conciliação tanto na lide processual quanto na lide sociológica, fornece ao jurisdicionado resultados muito positivos, o que de forma inequívoca significa para o Estado, uma prestação jurisdicional satisfatória e em comum acordo com o que assegurou o texto constitucional, ao passo que, aos poucos presenciaremos a superação desse excesso de contendas o que acarretará um cenário mais propício para a apreciação célere e satisfatória das demandas submetidas ao Poder Judiciário, garantindo assim, uma prestação jurisdicional eficaz e a retomada do acesso pleno à Justiça.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, o objetivo deste tartigo vem alicerçado no intuito de demonstrar a Conciliação como uma proposta palpável de reeducação da sociedade pelo diálogo e de redirecionamento do pensamento litigante para o pensamento autocompositivo, além de demonstrar também a efetividade do instituto, como de fato o fez.

O presente artigo é um meio de apresentar os avanços da Conciliação ao longo dos tempos, apontando para tanto não só o caminho percorrido por ela, mas também e principalmente o que de fato foi alcançado por seus resultados. A prática autocompositiva veio se destacando internacionalmente, conquistando resultados muito positivos antes de ganhar força em âmbito nacional, ponto este que não apaga o fato de que o conceito de conciliar, ou seja, de resolver conflitos com outra abordagem que não corresponda àquela onde se polarizam as partes em posições adversárias, já se tratava de um conceito bastante antigo e que, inclusive no Brasil, já possuía aplicação desde o período da Corte, ainda que de forma sutil.

Em razão de seus avanços, considerando a evolução da sociedade conjuntamente com a ascensão de novos ordenamentos jurídicos como a Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 5° inciso XXXV, apresentou o acesso a justiça como um direito que assiste a todos, o que aumentou demasiadamente o número de demandas que seriam apreciadas pelo Poder Judiciário, haja vista que, se instituiu o dever do Estado em tutelar todas as contendas que fossem levadas a sua apreciação, originando assim, a necessidade de se buscar e efetivamente encontrar, com urgência, novos métodos que fossem adequados ao tratamento dos conflitos.

Dessa forma, a Conciliação surge como uma proposta muito positiva em vista de sua praticidade e eficácia na resolução das lides, passando a ser estudada como uma opção viável e satisfatória de garantir que as partes alcancem a satisfação de seus interesses sozinhas ao invés de incumbir exclusivamente ao Estado o dever de dizer o direito.

Cria-se então, duas vertentes acerca da eficácia desse método autocompositivo, de um lado existem aqueles que acreditam na efetividade da aplicação de outros mecanismos de resolução de conflitos, defendendo a conciliação como sendo um mecanismo alternativo, consensual e efetivo de pacificação social motivada, principalmente, pela resolução das lides de natureza mais simples e, de fato, possibilitando o vislumbre da mesma como um importante método de prevenção e solução de conflitos.

Por outro lado, há também aqueles que enxergam a conciliação como uma forma que ultrapassa as barreiras que limitam os litígios levados ao judiciário, alcançando também e principalmente a resolução da lide sociológica através das técnicas desenvolvidas na própria conciliação como a escuta ativa, o *rapport*, o parafraseamento, o caucus ou sessão privada e a técnica de *brainstorming* ou tempestade de ideias, todas essas pensadas no sentido de solucionar as questões identificadas ao longo das sessões de conciliação e que corroboram no aprendizado dos indivíduos acerca da resolução de conflitos promovendo a reeducação da sociedade.

Todavia, o que não se esperava na época, é que a utilização da Conciliação seria capaz de promover ambos os resultados, como pôde ser percebido atualmente. A curto prazo, têm-se como resultado a solução para o conflito por meio da resolução da lide processual e sociológica, alcançando-se assim a pacificação social, já em um segundo plano, é possível observá-la como um meio de prevenção de futuros conflitos e, a longo prazo, a vista dos resultados que vem sendo alcançados, será possível vislumbrar a redução do número de conflitos e consequentemente do número de demandas.

Isso ocorre porque este instituto vem aos poucos promovendo a reeducação da sociedade pelo diálogo, ensinando às partes a resolverem seus próprios conflitos através da conversa, além é claro, do abandono da cultura litigiosa, em razão de que aos poucos vai se perdendo a necessidade de judicializar todos os assuntos já que a sociedade, na pessoa de seus indivíduos, vai se descobrindo na condição de agentes plenamente capazes de solucionar suas questões de forma que um terceiro não poderia, ou seja, de forma mais benéfica na perspectiva de seus interesses, conforme se demonstra no texto.

Portanto, a Conciliação já pode ser entendida como um método alternativo de promoção da resolução de conflitos, como uma forma de prevenção dos mesmos através da reeducação social, e como um mecanismo pacificador da sociedade e garantidor do acesso a uma Justiça célere, eficaz e responsável que tenha o compromisso com os interesses discutidos.

Ademais, diante dos mencionados avanços no campo das práticas autocompositivas, muito se tem falado a respeito da aplicação e eficácia dos métodos consensuais, de modo que atualmente, além do legislador, muitos doutrinadores têm se empenhado em estudos sobre suas técnicas, no intuito de contribuir com a sua construção, bem como, de ajudar a compor aquilo que se tem como aposta para a Justiça do amanhã, ou seja, a Autocomposição.

Por fim, a Justiça caminha no sentido de implementar e incentivar a aplicação dos métodos consensuais, o que já se mostra uma realidade palpável e positiva. Essa proposta, ambiciosa e promissora

já promove resultados satisfatórios, redirecionando o pensamento litigioso para o pensamento autocompositivo que se mostra muito mais eficaz e sustentável, do ponto de vista social. Confirmando assim que os questionamentos levantados no início dos estudos acerca da possibilidade de implementação da mesma foram pontualmente respondidos por seus resultados satisfatórios e, que a Conciliação deve sim, ser entendida, como uma forma de solucionar os problemas estruturais da Justiça e ainda promover a pacificação social.

REFERÊNCIAS

A CONCILIAÇÃO E A MEDIÇÃO. Novas Políticas Públicas De Tratamento Dos Conflitos.Brasilescola. Disponível em: https://meuartigo.brasilescola.uol.com.br/atualidades/a- conciliacao-mediacao-como--novas-politicas-publicas-tratamento-conflitos.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista de Processo, v. 36, p. 185-206,mai. 2011.

ANDRADE, Lúcia Regina Melo de. O instituto da conciliação sob a ótica dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região**. João Pessoa: TRT13ª Região, v.19, n. 01, p. 30, 2012. Disponível em: https://www.trt13.jus.br/institucional/ejud/artigos/revistas/19a-revista-do-tribunal-regional- do-trabalho-da-13a-regiao/view. Acesso em 26 out. 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro V. Coleção Os Pensadores. São Paulo: AbrilCultural, 1987.

AUERBACH, Jerold S. ADORNO, Sérgio e PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. Tempo Social, **Revista de Sociologia**, São Paulo, vol.19, n.2, págs. 131-155, nov 2007. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12550/14327.Acesso em 15 mai. 2024.

ACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais a nova mediação paraprocessual. **Revistados Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOITONI, Ademir. A mediação de conflitos e a escuta criativa. **Revista de Arbitragem eMediação**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, p. 173-187, jun-jul/2011.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 **.**Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.Acesso em: 15 mai. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Planalto,Brasília, n.1, 16/03/2015, Sessão 3, p.1.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.Acesso em: 15 mai. 2024.

BRASIL. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. Dispõe sobre os JuizadosEspeciais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em:15 mai. 2024.

BRASIL. **Resolução Nº 125, de 29 de novembro de 2010** . Dispõe sobre a Política JudiciáriaNacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário de Justiça Eletrônico/Conselho Nacional de Justiça, Brasília, n. 39/2011,01/03/2011, Seção 1, p.2-15.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003. p24.

CALADO, Maria dos Remedios. A Autocomposição: uma análise das modalidades usuais edos elementos processuais e não processuais na resolução dos conflitos. **Revista Âmbito Jurídico,** mai. 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito processual-civil/a-autocomposicao-uma-analise-das-modalidades-usuais-e-dos-

-elementos- processuais-e-nao-processuais-na-resolucao-dos-conflitos/. Acesso em: 15 set. 2021.

CALMON FILHO, Petrônio. **O conflito e os meios de sua solução**. Teoria doProcesso**.** Panorama doutrinário mundial, Salvador: *Juspovidm,* 2008. p. 825.

CAMPANHAS DO JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Conciliação. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e--acoes/conciliacao-e-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/campanhas-conciliacao/. Acesso em: 15 mai. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, Porto Alegre: Sergio AntonioFabris Editor, 1988, pág. 83/84.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Falta o título**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. P. 04.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. **Revista dos Tribunais.** São Paulo:Revista dos Tribunais 4. ed., 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5°. Ed. SãoPaulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, José, **Lebre de Estudos em homenagem a Professora Isabel MagalhãesCollaço**, Vol. II, p. 625. 2002. Disponível em: https://blook.pt/publications/publication/4171f6ad2952/. Acesso em: 26 out. 2021.

IMPLANTAÇÃO DOS CEJUSCS. Implantação de 500 unidades mostra consolidação dosCejuscs no Brasil. Jusbrasil. Nov.2015. Disponível em:https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/260866636/

implantacao-de-500-unidades-mostra- consolidacao-dos-cejuscs-no--brasil. Acesso em: 15 mai. 2024.

INSTITUTO DIALOGO. **5 técnicas de mediação de conflitos que você precisa conhecer**,ago. 2019. Disponível em: https://camarademediacaorj.com.br/5-tecnicas-de-mediacao-de- conflitos-que-voce-precisa-conhecer/. Acesso em: 22 out. 2021.

LUDWING, Guilherme Guimarães. **E**ntre o acesso à justiça e a - dependência química **||** do Judiciário: a Conciliação Prévia como resgate da Cidadania. São Paulo: **Revista de DireitoCivil e Processual Civil,** n. 71, p. 7-33, maio-junho 2011.

MAGALHÃES, Flávia Daiane Sousa; CASELLA, Daniel Marcelo Alves. **Compreendendo o fenômeno jurídico jurisdição**. Dez.2007. Disponível em: https://www.webartigos.com/artigos/compreendendo--o-fenomeno-juridico-jurisdicao/3037. Acesso em. 15 mai. 2024.

PEREIRA, Clovis Brasil. **Conciliação e Mediação no Novo CPC**, fev. 2016. Disponível em: https://www.anoregsp.org.br/noticias/2398/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-clovis brasil-pereira. Acesso em: 15 mai. 2024.

PORTO, A. P. G. **Juizados Especiais Cíveis** – O Papel do Conciliador. 2008. P. 59. Dissertação (Especialização) - Universidade Estadual Vale do Acaraú, Fortaleza-CE,2008.

QUERO SER UM CONCILIADOR. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/quero-ser-um-conciliador-mediador/. Acesso em: 15 mai. 2024.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Amaury Pinto Júnior. **Movimento Pela Conciliação**. Disponível em: https://www.sedep.com.br/artigos/movimento-pela-conciliacao/. Acesso em 15 mai. 2024.

SENA, Adriana Goulart. **Formas de Resolução de Conflitos e acesso à justiça**. Revista doTribunal Regional do Trabalho 3º Região. Belo Horizonte: 3ª Região, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez.2007. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf. Acesso em: 15 mai.2024.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos** . Rio de Janeiro:Lumen Juris, 1999.

SILVA, É. B. **Conciliação Judicial**. Brasília DF: Gazeta Jurídica, 2013. P.432.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (coord.). **Mediação enquantoPolítica Pública**: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis** . 5º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. [Minha Biblioteca]. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530983482/epubcfi/6/2[%3Bvnd vst.idref%3Dhtml1]!/4/2/2%4051:2. Acesso em: 20 out. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Manual de Mediação Judicial**. 6°. ed. Distrito Federal: Poder Judiciário da União, 2016, V.2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas,2010. V. 4.

WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. - Mediação eConciliação - **Revista do Advogado**. São Paulo: Revista do advogado, nº 123, 2014.

FALSAS MEMÓRIAS: O PREJUÍZO NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS À LUZ DO ART. 226 DO CPP

Ytalo Vinícios Tavares Teixeira[218]

Marcelo Pereira Cruvinel[219]

RESUMO

O presente estudo discorre acerca do prejuízo das falsas memórias no reconhecimento de pessoa e, para isso, é feita a conceituação do que são as falsas memórias. Com a análise do entendimento doutrinário e jurisprudencial, traça-se a solução para a problemática, esvaindo-se de sistemas de valoração de provas que se demonstram falhos e utilizados de má forma por magistrados que analisam as provas produzidas de forma divergente do que é necessário e, assim, condenam baseados somente no reconhecimento de pessoa, o qual está diretamente atrelado à falibilidade da memória humana. Ainda, há uma breve análise de casos ocorridos no Brasil e da violação do *in dubio pro reo* em razão do atual entendimento jurisprudencial de dar maior relevância à palavra da vítima em determinados casos levados ao judiciário.

Palavras-chaves: Falsas memórias; Reconhecimento de pessoa; Valoração de prova; Processo Penal.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem como objeto de estudo as falsas memórias e o seu impacto no âmbito do Direito Processual Penal Brasileiro, por meio das teorias trazidas pela Psicologia, como a Teoria Construtivista

218 Bacharel em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

219 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

e a Teoria do Traço Difuso. Além disso, realiza a análise de como o tema é tratado pelo Processo Penal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

A questão a ser estudada é de grande relevância não só para o Direito, mas também para outras disciplinas, como a Psicologia, que estuda diretamente o processo de formação das falsas memórias no cérebro do indivíduo. Portanto, delimita-se o tema na incidência das falsas memórias em atos de reconhecimento de pessoa e os prejuízos que possam ensejar uma condenação injusta.

Nesse sentido, a análise do posicionamento dos Tribunais é necessária para que se entenda não só o tratamento dado ao tema, mas também para que se verifiquem os esforços para evitar erros judiciários. Isso porque, muitas vezes, estes estão inteiramente atrelados apenas ao reconhecimento feito em sede de delegacia, em que pode haver a influência das falsas memórias, mas também pode ser realizado sem a observância do que é disposto pelo Código de Processo Penal.

Assim, a problemática em questão está ligada aos prejuízos que as falsas memórias podem acarretar ao sistema processual atual, como é o caso do reconhecimento realizado por meio fotográfico, com fotos previamente escolhidas pelas autoridades, o que pode levar a um erro. Liga-se essa problemática também ao atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça em dar maior relevância à palavra da vítima em crimes contra o patrimônio e contra a dignidade sexual, pois esses casos acontecem em lugares ermos e têm somente vítima e autor como testemunhas dos fatos.

Dessa forma, busca-se como objetivo geral entender as hipóteses em que as falsas memórias são formadas, a partir das teorias trazidas pela Psicologia, com o intuito de observar de melhor forma o procedimento para se colher a prova testemunhal, seja da vítima, seja das testemunhas que presenciaram os fatos debatido no judiciário. Com isso, poderá ser dado um melhor andamento à instrução criminal, por meio da análise de todo o conjunto probatório produzido e pelo sistema de valoração de provas adotado pelo Processo Penal pátrio.

Como objetivos específicos, a pesquisa irá apresentar as provas que dependem da capacidade psicológica da vítima ou da testemunha, com as nulidades que o reconhecimento de pessoas por meio fotográfico podem acarretar ao curso da instrução criminal.

Ainda, apresenta o estudo acerca dos sistemas de valoração de prova e avalia se o atual sistema, junto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fere o princípio do *in dubio pro reo*, haja vista a valoração dada à palavra da vítima.

Para cumprir todos os objetivos, será utilizado na pesquisa o método dedutivo concretizado por meio bibliográfico e jurisprudencial, bem como estudos de caso que tiveram a possível influência das falsas memórias e somente o reconhecimento de pessoa como prova.

Por fim, a presente pesquisa é relevante não só para o âmbito jurídico da vida daqueles que fazem parte do processo, mas também para seu âmbito pessoal, contribuindo de forma científica para que as sentenças sejam proferidas em prol dos verdadeiros culpados, e não fundamentadas somente em fracos elementos probatórios.

1 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS NO ÂMBITO DO PROCESSO JURÍDICO

Inicialmente, é válido contextualizar o que são as falsas memórias desde o seu processo de formação, o que é estudado pela Psicologia à luz da Teoria Construtivista e da Teoria do Traço Difuso. Além disso, busca-se compreender a aplicabilidade e o tratamento das provas no Processo Penal, bem como o tratamento dado ao se deparar com a possibilidade de falsas memórias que ensejaram a condenação de um indivíduo por meio de um conjunto probatório enfraquecido.

1.1 AS FALSAS MEMÓRIAS PARA A PSICOLOGIA

O presente tópico irá abordar como as falsas memórias se iniciam a partir da ótica da Psicologia, importante ciência que estuda

o comportamento do ser humano. Além disso, também se abordará acerca da memória e de sua falibilidade.

Com o passar do tempo e o aprofundamento de estudos, foram produzidas e estudadas algumas teorias quanto ao processo de formação das falsas memórias e todo o enredo em torno dessa problemática. Esse fenômeno pode ter como causa um evento traumático ou até mesmo sugestões de terceiros, os quais podem dar comandos e detalhes para o indivíduo e, de tal maneira, formar uma memória de algo que ele se recorda fielmente. Em ambos os casos, a pessoa pode sentir as mesmas dores ao rememorar o evento traumático ou a memória criada a partir do que lhe foi sugestionado (LOFTUS, 2013).

Uma das teorias usadas para explicar esse fenômeno é a Teoria Construtivista (LOFTUS, 2003), a qual defende que a memória é o que o indivíduo entende ser o significado daquele fato, mas não é o fato acontecido na sua maior fidelidade dos acontecimentos. Porém, é importante evidenciar que, nesse processo de entender o significado do fato, abre-se a possibilidade para que o indivíduo se recorde de lembranças que não são verídicas a respeito do fato, bem como para a criação de falsas memórias.

Em seu artigo sobre as falsas memórias, Elizabeth Loftus traz a definição de que as memórias são preciosas e nos dão identidade, mas, apesar de parecer fixas, elas não o são. Dessa forma, torna-se inviável confiar de forma integral nas lembranças relatadas por alguém, pois, mesmo que haja uma riqueza de detalhes, estas podem ser provenientes de informações que não são integralmente verídicas ou apenas fruto de sugestões recebidas pelo interlocutor (LOFTUS, 2003).

Loftus (2003) ainda menciona algo que vem se tornando cada vez mais nítido com o decorrer do tempo: o quão maleável a memória pode ser, tendo em vista que diversos fatores podem contribuir para que essa maleabilidade da memória influencie a produção de falsas memórias pelo próprio indivíduo e até a inserção de falsas memórias a partir de sugestões de terceiros. Como forma de exemplificar, em sua

entrevista ao TED *Talks*, Loftus (2013) faz uma importante distinção em relação ao funcionamento da memória. Em geral, as pessoas acham que a memória opera como um gravador, que registra tudo que ocorre e creem que, a qualquer momento, podem acessar a gravação. Porém, a memória está mais ligada a uma página da Wikipédia, a qual o indivíduo pode acessar, escrever e alterar, mas as outras pessoas também o podem.

Em continuidade, a Teoria do Traço Difuso, que foi desenvolvida por Brainerd e Reyna, em meados da década de 1990, utiliza duas formas para explicar a formação das falsas memórias. Para a primeira, a memória não é unitária, sendo, na verdade, composta por duas partes (memória literal e de essência), e ambas são processadas e recuperadas de forma independente.

A memória literal é compreendida pela quantidade de informações revestidas de detalhes, como é o caso do indivíduo que se recorda da roupa em que estava vestido em uma ocasião que ocorreu anos atrás. Isso ocorre também quando alguém consegue se lembrar, com precisão, das características de um objeto que guardou, bem como de onde e de quando fez isso. Por outro lado, a memória de essência é compreendida pelo fato de que o indivíduo se recorda apenas do fato ocorrido, sem tamanha precisão de detalhes, ou seja, a sua memória é apenas o significado daquilo que vivenciou. Isso pode ser exemplificado no exemplo da guarda do objeto apresentado anteriormente, mas, em vez de se recordar, com detalhes, de onde e de quando guardou o objeto, apenas se recordará de que o guardou (REYNA & BRAINERD, 1998; STEIN & NEUFELD, 2001).

A segunda forma de explicar a formação de falsas memórias diz respeito à durabilidade das memórias do indivíduo. Nesse sentido, a memória literal é processada de maneira mais precisa e com grande riqueza de detalhes, além de estar mais passível ao esquecimento e de poder ter seu acesso obstruído de forma mais rápida. De forma oposta, as memórias de essência são processadas de maneira mais ampla, com mais robustez e com durabilidade superior às memórias literais, armazenando apenas informações que não contenham detalhes

específicos do fato ocorrido (BRAINERD & REYNA, 2005; REYNA & LLOYD, 1997).

Assim, para a Teoria do Traço Difuso, as falsas memórias ocorrem no momento em que o indivíduo tem a necessidade de recuperar uma memória guardada e, na tentativa de obter uma memória literal, resgata, na verdade, uma de essência. Isso pode ocorrer também no momento em que tenta recuperar a memória desejada, mas a recupera contendo erros (BRAINERD & REYNA, 2005; CECI & BRUCK, 1998).

Dessa forma, tanto para a Teoria Construtivista quanto para a Teoria do Traço Difuso, as falsas memórias implicarão na convicção do indivíduo de ter vivido o que acredita ser a realidade. Assim sendo, a pessoa recorda-se do significado do que foi vivido e pode se lembrar até mesmo de percepções corporais, como dor e medo, apresentadas durante o ocorrido, independentemente de essa memória ter sido sugestionada por terceiro ou de ter surgido na tentativa de recuperar uma memória e ter havido uma falha durante esse processo.

1.2 AS FALSAS MEMÓRIAS PARA O PROCESSO PENAL

As falsas memórias podem estar relacionadas a diversas áreas da vida de um indivíduo, desde a mais simples tarefa até um momento de trauma sofrido. Entende-se, assim, que as falsas memórias não são meras invenções ou articulações da mente do ser; para ele, são a realidade fática do que aconteceu, tudo o que ele compreendeu do ocorrido e visualizou. Em suma, para o indivíduo, aquilo de que ele se recorda é a realidade.

Com isso, surge o questionamento, no âmbito jurídico, de como lidar com as falsas memórias e todo o processo para compreender, investigar e julgar casos em que muitas vezes apenas a prova testemunhal serve para o julgamento do ilícito, como ocorre em delitos de roubo em lugares mais ermos, sem outra testemunha além da vítima para auxiliar na instrução criminal. Isso também ocorre em casos em que a vítima de abuso sexual, por medo ou algum outro

motivo íntimo, guarda pra si o que aconteceu e, tempos depois do crime, decide falar o que houve. Nesses casos, a prova testemunhal será o único elemento probatório, pois o exame pericial não irá conseguir comprovar a autoria do delito.

Neste liame, toda a apreciação de provas realizada pelo magistrado em momento anterior à tomada de decisão deverá ser revestida de intenso esforço para que a decisão proferida seja a melhor possível para o caso concreto, indo diretamente ao encontro do que é disposto no Código de Processo Penal acerca das provas e toda a sua produção, aceite e valoração.

À luz do art. 155 do Código de Processo Penal, verifica-se que a função do julgador, no momento de fundamentar sua decisão baseada nas provas colhidas durante a instrução criminal, deverá se atentar a todo o conjunto probatório produzido. Não se deve observar apenas uma única prova, principalmente a testemunhal, haja vista toda a complexibilidade e a falibilidade que a memória pode apresentar, desde meros esquecimentos até a falsificação de lembranças que podem ser responsáveis para que um sujeito sem qualquer envolvimento seja condenado.

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941)

Com base no artigo elencado, verifica-se que atualmente o trabalho do magistrado não é de realizar a valoração das provas testemunhais em detrimento das demais provas colhidas, e sim realizar justa apreciação de todas as provas contidas nos autos da instrução criminal, sem dar maior valoração à prova testemunhal ou a qualquer outra. Ele deve levar em consideração que todas têm o mesmo peso para contribuir para o bom andamento da instrução criminal.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a prova testemunhal é eivada de grande importância para o curso da instrução criminal. Sua importância é tão considerável que há previsão legal para o crime de falso testemunho, conforme disposto no art. 342 do Código Penal, com penas que vão de 2 a 4 anos de reclusão cominadas com multa (CERGILIO, 2023).

Por esse motivo, entender o fenômeno das falsas memórias dentro do Processo Penal se demonstra cada vez mais importante, pois a falsa inexistência de uma hierarquia de prova colabora para que o magistrado prolate sentenças baseadas em somente uma prova produzida no processo e, infelizmente, a que mais tem peso é a prova testemunhal, conhecida de forma pejorativa como a "prostituta das provas".

A fim de exemplificar, destaca-se o trecho grifado da ementa do julgamento do AgRg no HC nº 522.499/SC, com relatoria do Ministro Rogério Schietti, que desproveu o recurso do Ministério Público em razão da sentença que condenou o agravante somente com base no reconhecimento feito por meio fotográfico e pelo testemunho das vítimas.

> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PARA DEMONSTRAR A AUTORIA DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. 2. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro

Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas pelo STF três teses: 2.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 2.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 2.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

3. Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica; se, porém,

realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do CPP, o ato é inválido e não pode ser usado nem mesmo de forma suplementar.

4. No caso, em 6/6/2015, as vítimas sofreram um roubo praticado por duas pessoas, ocasião em lhes foram subtraídos aparelhos celulares, documentos pessoais, mochila com objetos pessoais, valores em dinheiro (R$ 1.200,00 e R$ 35,00) e um veículo utilizado pelos agentes para empreender fuga. Na fase policial, apresentaram fotografias dos réus às ofendidas, que os reconheceram. O reconhecimento do ora paciente não foi realizado nessa fase, pois não encontrado. Em juízo narraram como se deu o ato de reconhecê-los. Ao contrário do alegado pela defesa, não houve desrespeito ao procedimento previsto no art. 226 do CPP nos reconhecimentos, porquanto houve prévia descrição das características dos suspeitos e foram exibidas quatro fotografias de indivíduos semelhantes, imagens estas que foram juntadas aos autos.

5. Todavia, a leitura do acórdão permite inferir que a condenação se baseou, a rigor, apenas no reconhecimento fotográfico feito no inquérito policial (uma vez que o paciente não foi localizado nessa fase) e, supostamente, repetido em juízo também por fotografias.

Ademais, a vítima Amanda realizou o reconhecimento pessoal de Brayan, mas vítima Gabriela manifestou dúvida ao apontá-lo como autor do delito, em audiência. Vale dizer, apesar de haver sido observado o rito legal nos reconhecimentos, não foi apontado nenhum outro elemento concreto que pudesse corroborar tal prova, a qual, por si só, não é suficiente para um decreto condenatório, em razão de sua fragilidade epistêmica.

6. Não se trata de insinuar que a vítima mentiu ao dizer que reconheceu o acusado. Chama-se a atenção, nesse ponto, para o fundamental conceito de "erros honestos" trazido pela psicologia do

> **testemunho. Para este ramo da ciência, o oposto da ideia de "mentira" não é a "verdade", mas sim a "sinceridade". Quando se coloca em dúvida a confiabilidade do reconhecimento feito pela vítima, mesmo nas hipóteses em que ela diga ter "certeza absoluta" do que afirma, não se está a questionar a idoneidade moral daquela pessoa ou a imputar-lhe má-fé, vale dizer, não se insinua que ela esteja mentindo para incriminar um inocente. O que se pondera apenas é que, não obstante subjetivamente sincera, a afirmação da vítima pode eventualmente não corresponder à realidade, porque decorrente de um "erro honesto", causado pelo fenômeno das falsas memórias.**
>
> 7. Uma vez que o reconhecimento do agravado é nulo, visto que foi realizado em desconformidade com o disposto no art. 226 do CPP, deve ser proclamada a sua absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença condenatória e do acórdão impugnado, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.
>
> 8. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no HC n. 522.499/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023.) (grifo nosso)

Visto isso, os dados como "erros honestos" não devem participar do conjunto probatório para condenar um acusado, e sim para provar que este não cometeu tal ato infracional. Isso porque esses "erros" são, de certa forma, a elucidação das falsas memórias de um indivíduo e, por mais que o contexto fático seja diferente, para ele, aquilo de que ele se recorda e compreendeu do fato é a verdade.

De forma consoante, a jurisprudência atual não admite o decreto condenatório de um acusado baseado apenas no reconhecimento de pessoas, conforme pode ser visto na ementa de julgamento dada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL. ÚNICOS ELEMENTOS DE PROVA. CONTRADIÇÕES E INCONSISTÊNCIAS AFERÍVEIS, PRIMO ICTU OCULI. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. DÚVIDA RAZOÁVEL. IN DUBIO PRO REO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Desde que respeitadas as exigências legais, o reconhecimento de pessoas pode ser valorado pelo Julgador. Isso não significa admitir que, em todo e qualquer caso, a afirmação do ofendido de que identifica determinada pessoa como o agente do crime seja prova cabal e irrefutável. Do contrário, a função dos órgãos de Estado encarregados da investigação e da acusação (Polícia e Ministério Público) seria relegada a segundo plano. O Magistrado, por sua vez, estaria reduzido à função homologatória da acusação formalizada pelo ofendido.

2. Consoante jurisprudência desta Corte, o reconhecimento positivo, que respeite as exigências legais, portanto, "é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica" (STJ, HC n. 712.781/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022).

3. O reconhecimento de pessoas que obedece às disposições legais (o que não as observa é nulo, consoante jurisprudência pacífica desta Corte) não prepondera sobre quaisquer outros meios de prova (confissão, testemunha, perícia, acareação, etc.); ao contrário, deve ser valorado como os demais.

4. Há diferentes graus de confiabilidade de um reconhecimento. Se decorrido curto lapso temporal entre o crime e o ato e se a descrição do suspeito é precisa, isenta de contradições e de alterações com o passar do tempo - o que não ocorre no caso em tela - a prova, de fato, merece maior prestígio. No entanto, em algumas hipóteses o reconhecimento

deve ser valorado com maior cautela, como, por exemplo, nos casos em que já decorrido muito tempo desde a prática do delito, quando há contradições na descrição declarada pela vítima e até mesmo na situação em que esse relato porventura não venha a corresponder às reais características físicas do suspeito apontado.

5. A confirmação, em juízo, do reconhecimento fotográfico extrajudicial, por si só, não torna o ato seguro e isento de erros involuntários, pois "uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto" (STJ, HC n. 712.781/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022).

6. No caso, é incontroverso nos autos que (i) a condenação do Paciente encontra-se amparada tão somente no depoimento da Vítima e nos reconhecimentos realizados na fase extrajudicial e em juízo;

(ii) não foram ouvidas outras testemunhas de acusação; (iii) a *res furtiva* não foi apreendida em poder do Acusado; (iv) o Réu negou a imputação que lhe foi dirigida.

7. Constata-se, *primo ictu oculi* e sem a necessidade de incursão aprofundada no acervo probatório, que há diversas inconsistências e contradições nas descrições feitas pela Vítima a respeito dos aspectos fisionômicos do suspeito, o que indica a possibilidade de reconhecimento falho, dado o risco de construção de falsas memórias.

O fenômeno não está ligado à ideia de mentira ou falsa acusação, mas sim a de um erro involuntário, a que qualquer pessoa pode ser acometida.

8. Em audiência, a Ofendida nem mesmo afirmou que havia reconhecido o Paciente, em sede policial, com absoluta certeza. Ao contrário, alegou que, naquela

ocasião, após visualizar as fotos, apenas sinalizou que possivelmente o Réu seria o autor do crime.
9. Não se desconhece que, na origem, o Paciente responde por dezenas de acusações relativas à suposta prática de roubo. A própria Defesa, com nítida boa-fé, enuncia tal fato na inicial, porém alerta que "em vários deles já foi absolvido em razão de vícios do ato de reconhecimento e de falta de certeza quanto à autoria delitiva" (fl. 34). O alerta defensivo é corroborado pelo substancioso estudo anexado aos autos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos, informando que o Paciente já foi absolvido "em 17 ações penais, nas quais o próprio Ministério Público opinou pela improcedência e, por isso, também não interpôs recurso" e que o "principal motivo das absolvições foi a ausência de ratificação, em Juízo, do reconhecimento policial". Portanto, as graves incongruências no reconhecimento do ora Paciente não podem ser sanadas apenas em razão quantidade de vezes em que este foi reconhecido em outros feitos.
10. Considerando que o decreto condenatório está amparado tão somente nos reconhecimentos formalizados pela Vítima e, ainda, as divergências e inconsistências na referida prova, aferíveis de plano e sem a necessidade de incursão no conjunto fático-probatório, concluo que há dúvida razoável a respeito da autoria delitiva, razão pela qual é necessário adotar a regra de julgamento que decorre da máxima in dubio pro reo, tendo em vista que o ônus de provar a imputação recai sobre a Acusação.
11. Ordem de habeas corpus concedida para absolver o Paciente, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.
Concedido *habeas corpus ex officio* para determinar a soltura imediata do Paciente em relação a todos os processos, cabendo aos Juízos e Tribunais, nas ações em curso, e aos Juízos da Execução Penal, nas ações transitadas em julgado, aferirem se a

> dinâmica probatória é exatamente a mesma repelida nestes autos. Determinada a expedição de ofício comunicando a íntegra desse julgado à Corregedoria de Polícia do Estado do Rio de Janeiro para apuração de eventuais responsabilidades.
> (HC n. 769.783/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/5/2023, DJe de 1/6/2023.)

Nesse sentido, resta demonstrada certa insegurança jurídica no âmbito do Processo Penal brasileiro, pois, ainda que na teoria seja julgado o fato, o que ocorre na prática é por vezes diferente. Isto é, todo o conjunto probatório deveria ser analisado para que se repreendesse o ato ilícito praticado, mas, na verdade, o conjunto probatório é avaliado para repreender a pessoa que comete o ilícito, revestindo-se de testemunhos que possam estar manchados por falsas memórias. Portanto, as condenações em que o principal meio de prova é o reconhecimento realizado em sede policial e em juízo são revestidas de extrema injustiça, pois deixam de lado o Direito Penal do Fato para ser aplicado o Direito Penal do Autor.

A falibilidade da memória pode, em pequenas coisas, influenciar um testemunho baseado em percepções e entendimentos de fatos que somente ocorreram para aquele que dá o testemunho, o que mostra a importância de se realizar a oitiva das testemunhas do ato ilícito em momentos separados. Esse ato de separação evita uma contaminação entre as memórias dos declarantes, mantendo, assim, a integridade não só da lembrança do que ocorreu, como também da falsa memória particular, isso se houver e havendo, cabe ao juiz analisar de forma veemente as histórias trazidas por cada declarante.

Por fim, deve a instrução criminal seguir todos os parâmetros ensejados pelo Código de Processo Penal, para aquele que está sendo julgado e para o que teve o bem jurídico tutelado afetado pela conduta ilícita, a fim de proporcionar e garantir a justiça devida, ainda que o conceito de justiça seja subjetivo para cada indivíduo.

2 AS PROVAS QUE NECESSITAM DA CAPACIDADE PSICOLÓGICA DA VÍTIMA E A INVALIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

No âmbito do Processo Penal, as provas têm extrema importância, conforme observado ao longo de todo o título referente às provas no Código de Processo Penal, que vai do art. 155 ao art. 250, os quais elencam diversos tipos de provas. Dentre eles, destacam-se a prova testemunhal e o reconhecimento de pessoa.

Dessa forma, é essencial compreender todo o contexto, a fim de que a produção de provas beneficie não apenas a acusação, mas também a defesa. A produção de provas se revela de extrema necessidade tanto na fase pré-processual quanto durante a fase processual (SANTOS, 2020).

Assim, faz-se necessário entender quais são as provas testemunhais e todo o processo para que seja colhidas na forma que elenca o Código de Processo Penal, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em considerar nulo o reconhecimento feito por meio fotográfico.

2.1 PROVAS QUE NECESSITAM DA CAPACIDADE PSICOLÓGICA DA VÍTIMA

O Título VII do Código de Processo Penal aborda as provas admitidas e sua integração no processo penal em discussão. Entre essas provas, destacam-se a prova testemunhal, regulamentada pelos arts. 202 a 225, e o reconhecimento de pessoas e coisas, detalhado nos arts. 226 a 228. Tais provas estão intimamente ligadas à capacidade psicológica da vítima.

Para melhor orientar a presente pesquisa, será dada uma abordagem mais aprofundada apenas ao reconhecimento pessoal, uma vez que essa é a problemática em questão.

2.1.1 DA PROVA TESTEMUNHAL

A conceituação de testemunha apresentada por Renato Brasileiro (2020) é a de uma pessoa desinteressada e capaz de prestar depoimento perante a autoridade judiciária, depondo acerca dos fatos percebidos por seus sentidos que sejam relevantes à decisão da causa.

No contexto do processo penal, qualquer indivíduo poderá ser testemunha, desde que esteja em capacidade física para depor (CPP, art. 202). Portanto, a incapacidade jurídica se torna irrelevante, pois qualquer pessoa acima de 18 anos, incluindo doentes e deficientes mentais pode ser testemunha. Além disso, o testemunho pressupõe memória, então somente pessoas físicas poderão atuar como testemunha (BRASILEIRO, 2020).

Para Nucci, a classificação e a conceituação de testemunha vão além, conforme pode ser visto no excerto a seguir:

> Testemunhas são pessoas que depõem sobre fatos, sejam eles quais forem. Se viram ou ouviram dizer, não deixam de ser testemunhas, dando declarações sobre a ocorrência de alguma coisa. A pessoa que presencia um acidente automobilístico, por exemplo, narra ao juiz os fatos, tais como se deram na sua visão. Lembremos, sempre, que qualquer depoimento implica uma dose de interpretação indissociável da avaliação de quem o faz, significando, pois, que, apesar de ter visto, não significa que irá contar, exatamente, o que e como tudo ocorreu (NUCCI, 2023).

A conceituação fornecida por Nucci (2023) é ampla e se alinha com o art. 202 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que qualquer pessoa pode ser testemunha, ainda que seja a testemunha de "ouvi dizer", também conhecida como testemunha indireta. A doutrina qualifica a testemunha indireta como a testemunha que

soube dos fatos por intermédio de outras pessoas, distinguindo-se da testemunha direta, pois esta presenciou os fatos.

Embora existam classificações distintas para as testemunhas e a forma como contribuem para a instrução criminal, Nucci defende que não deve haver diferenciação entre as testemunhas. Isso porque são pessoas depondo sobre fatos, independentemente de terem os testemunhado direta ou indiretamente, e o fato de terem visto ou ouvirem dizer não altera os fatos, mas sim a avaliação das provas para determinar a veracidade dos fatos, como explicado a seguir:

> O que muda entre uma situação e outra é a avaliação da prova, ou seja, o instrumento para demonstrar ao juiz a veracidade de algo. O depoimento de uma pode ser mais valioso que o de outra, embora a testemunha esteja sempre depondo sobre fatos dos quais diretamente tomou conhecimento (NUCCI, 2023).

ortanto, a prova testemunhal deverá ser tratada com a mesma relevância, pois a produção de provas auxilia diretamente o desenvolvimento do processo penal, tendo a testemunha presenciado os fatos ou mesmo tomado conhecimento destes por terceiros.

Além disso, deve ser observado o procedimento padrão para a coleta do depoimento, devendo ser realizado de forma oral e posteriormente reduzido a termo, permitindo avaliar a sinceridade do depoente e a veracidade do que se fala (NUCCI, 2023). Em razão disso, o depoimento por escrito é vedado pelo art. 204 do Código de Processo Penal, impedindo a testemunha de apresentar um testemunho previamente escrito. Nesse condão, Nucci (2023) esclarece que o depoimento escrito é marcado pela impessoalidade, impossibilitando que o magistrado possa averiguar a fidelidade dos fatos e a possibilidade de formular novas perguntas, ferindo o princípio da ampla defesa e do contraditório.

A partir do que foi exposto, fica evidente a importância fundamental de seguir o procedimento elencado pelo Código de Processo Penal para a coleta da prova testemunhal e necessidade de tratar com a mesma relevância a prova testemunhal de todas as testemunhas arroladas no processo, independentemente da qualidade da testemunha.

2.1.2 DO RECONHECIMENTO DE PESSOA E A NECESSIDADE DE SEGUIR O ROL DO ART. 226 DO CPP

O reconhecimento de pessoa é o meio de prova que a testemunha ou a vítima utiliza para identificar a pessoa que lhe é apresentada, sendo realizado perante autoridade policial ou judiciária, seguindo todo o procedimento previsto em lei (BRASILEIRO, 2020).

Nucci (2023) traz a conceituação do reconhecimento de pessoas como o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra. Esse procedimento tem natureza jurídica de meio de prova, pois, por meio do reconhecimento, a vítima ou a testemunha se torna apta a identificar uma pessoa que tem grande importância para compor o conjunto probatório.

O Código de Processo Penal, no art. 226, trata do procedimento que deve ser observado pela autoridade policial ou judiciária quando precisar realizar o reconhecimento de pessoa, a fim de não acarretar vícios na prova colhida no processo do reconhecimento:

> Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
> I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
> Il - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela

> tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
> III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
> IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.
> Parágrafo único. O disposto no n. III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. (BRASIL, 1941)

Conforme Renato Brasileiro (2020), em razão do parágrafo único do art. 226, o inciso III não será aplicado na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento, pois a doutrina entende que o magistrado tem capacidade de adotar medidas destinadas a preservar a imagem daquele que realiza o reconhecimento perante aquela que está sendo reconhecida em juízo.

Como meio de solucionar a instrução criminal, surge o reconhecimento fotográfico, que, com base nos ensinamentos de Renato Brasileiro (2020), não possui previsão legal. Entretanto, vem sendo admitido pela doutrina e pela jurisprudência em virtude do princípio da busca da verdade ou pela força do princípio da liberdade na produção de provas, sendo considerado como uma espécie de prova inominada.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que o reconhecimento de pessoa não pode ser prova única para condenação do acusado do delito em debate, devendo ser analisadas todas as provas colhidas na instrução criminal, observando-se a ampla defesa e o contraditório:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

[...]

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

[...]

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo

> Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.
> [...]
> 12. Conclusões:
> 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
> 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
> [...]
> (HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020.)

No caso apresentado pelo HC 598.866/SC, pode-se constar que o reconhecimento foi realizado de forma inadequada, por meio de fotografias previamente escolhidas pela autoridade policial. Além disso, as imagens foram apresentadas sem a prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e com a ausência de pessoas diferentes daquela que se queria reconhecer. Ou seja, o reconhecimento efetuado tinha como objetivo identificar alguém que não poderia ser reconhecido, pois não houve prévia descrição da pessoa que se desejava reconhecer, estando em desconformidade com o procedimento trazido pelo art. 226 do Código de Processo Penal.

Ao analisar a ementa fornecida anteriormente, o terceiro ponto destaca a necessidade de o reconhecimento de pessoa ser produzido

de acordo com o estabelecido pelo art. 226 do Código de Processo Penal, pois se trata de garantia mínima para aqueles que se encontram na condição de suspeitos. Nas conclusões apresentadas na ementa, evidencia-se que o principal risco da inobservância do procedimento é resultar na invalidade do reconhecimento da pessoa suspeita, o que pode acabar afastando a possibilidade de uso da prova para eventual condenação, ainda que seja confirmado em juízo.

Nessa sequência, a doutrina é convergente em ressaltar que o reconhecimento por meio fotográfico é prejudicial para a instrução criminal. Nucci (2023), por exemplo, afirma que "o reconhecimento fotográfico não pode ser considerado uma prova direta, mas sim indireta, ou seja, um mero indício". Consequentemente, não deve ser o único meio de comprovar a autoria de um ato ilícito, visto que deve o magistrado avaliar todo o conjunto probatório produzido seja em sede policial e em juízo, como elencado no art. 155 do Código de Processo Penal.

Por todo o exposto, é de suma importância realizar o reconhecimento de pessoa na forma trazida pelo art. 226 do Código de Processo Penal. Somente dessa forma, é assegurado o princípio da ampla defesa e do contraditório, resultando em uma instrução criminal sem nulidades a ser arguida, o que pode reduzir a possibilidade de haver um erro judiciário embasado no reconhecimento realizado de forma ilegal.

2.2 A INVALIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Como exposto no tópico anterior, o reconhecimento fotográfico não é previsto nos ordenamentos jurídicos, apesar de ser aceito pela doutrina e pela jurisprudência, que, de forma análoga, resolvem os conflitos para que o reconhecimento seja válido ou não. Isso veda a possibilidade de ser o único meio de comprovar a autoria do ilícito em julgamento.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o AgRg no HC 780.534/RJ, consolida o entendimento da necessidade de o reconhecimento fotográfico ser corroborado pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal, conforme demonstrado na ementa a seguir:

> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO, RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.
> 1. A atual jurisprudência dos Tribunais Superiores vem caminhando na direção de extirpar do sistema aquelas condenações baseadas unicamente em reconhecimentos dos acusados, muitas das vezes realizadas sem a mínima observância dos procedimentos legais exigidos.
> 2. "A desconformidade ao regime procedimental determinado no art. 226 do CPP deve acarretar a nulidade do ato e sua desconsideração para fins decisórios, justificando-se eventual condenação somente se houver elementos independentes para superar a presunção de inocência." (STF, RHC 206846, relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 22/2/2022, DJe 25/5/2022). Na mesma linha: HC 652.284/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe 3/5/2021.
> 3. *In casu*, embora o Tribunal a quo tenha salientado que o reconhecimento por fotografia efetuado na fase de investigação preliminar pode constituir meio idôneo de prova, desde que corroborado por outros elementos de convicção carreados durante a instrução procedimental, não se observa a existência de outras provas para a condenação do paciente, que foi amparada exclusivamente no reconhecimento fotográfico realizado em solo policial por uma das vítimas.

> 4. Hipótese que traz uma peculiaridade que deve ser considerada: a alegação da vítima Viviane de que guardou "a foto que tirou da fotografia do réu mostrada na delegacia", situação passível de caracterizar uma falsa memória induzida.
> 5. "A confirmação, em juízo, dos reconhecimentos fotográficos e pessoal extrajudiciais, por si só, não torna os atos seguros e isentos de erros involuntários, pois 'uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto.' (HC n. 712.781/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022; grifou-se)."(REsp n. 2.029.730/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023).
> 6. É nula a sentença condenatória baseada em um único elemento de prova - reconhecimento viciado realizado na fase policial -, diante da total inexistência de outros elementos probatórios.
> 7. Agravo regimental provido.
> (AgRg no HC n. 780.534/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 8/9/2023.)

Todo o texto da ementa demonstra o grau de invalidade do reconhecimento pessoal realizado através de fotografia. No entanto, destaca-se, em especial, o ponto 4, que aborda a situação em que a vítima tirou uma foto da imagem do réu que lhe foi mostrada durante a investigação policial. Esse ato poderia desencadear uma falsa memória, por meio das reconstruções da cena do crime na mente da vítima. Essa dinâmica se enquadra na explicação das falsas memórias de acordo com a Teoria Construtivista, estudada por Loftus (2003).

Erros no reconhecimento fotográfico não ocorrem somente no Brasil. É possível destacar, por exemplo, o caso de Steve Titus na cidade de Seattle, Estados Unidos. Na sua palestra ao TED *Talks*, Elizabeth Loftus discorre sobre este caso. Steve Titus foi condenado por estupro após ser erroneamente reconhecido por fotografia pela vítima, o que acabou resultando na perda de seu emprego e, consequentemente, na perda de suas economias para custear gastos com advogados. No entanto, tempos depois, o verdadeiro estuprador foi encontrado e este confessou os seus crimes, o que foi comprovado pelo exame de DNA da época dos fatos.

Posteriormente, Steve foi posto em liberdade e travou uma batalha judicial buscando reparo pela condenação injusta sofrida. Após anos lutando judicialmente, na manhã de sua audiência para pôr fim a sua luta, Steve Titus morreu em razão de um ataque cardíaco desencadeado por todo o estresse sofrido por anos, que começou com um reconhecimento feito de forma errada (LOFTUS, 2013).

No Brasil, infelizmente, os casos de erros judiciários em decorrência do reconhecimento fotográfico têm se tornado mais frequentes, como ocorreu com Igor Barcelos Ortega, um jovem condenado a 15 anos e 6 meses de prisão por roubo e tentativa de latrocínio. Igor foi reconhecido por meio fotográfico enquanto estava internado no hospital após ser baleado a 24 km de distância de onde ocorreram os atos ilícitos (TJSP; Revisão Criminal 2271942-50.2018.8.26.0000; Relator (a): Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Órgão Julgador: 2º Grupo de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/06/2021; Data de Registro: 07/07/2021).

A problemática do reconhecimento fotográfico é ainda maior quando se analisa o trecho a seguir do voto do Desembargador Edison Brandão, do 2º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso de Igor Barcelos Ortega:

> Salta dos autos a comprovação de que o peticionário, ainda que tenha ido às festas, teve tempo para

> participar das condutas pelas quais foi condenado. E ainda que ele possa ter sido, como afirma sua combativa defesa, atingido por um disparo de arma de fogo em outro local, isso não é suficiente para afastar o firme e seguro reconhecimento como autor da subtração do veículo VW/Gol usado, na sequência, para a tentativa de latrocínio.
> (TJSP; Revisão Criminal 2271942-50.2018.8.26.0000; Relator (a): Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Órgão Julgador: 2º Grupo de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/06/2021; Data de Registro: 07/07/2021)

O que se compreende do trecho citado é a intenção de integralizar o Direito Penal do Autor no ordenamento jurídico brasileiro e deixar de lado o Direito Penal do Fato, uma vez que o que se busca é reprovar o suposto autor do ato ilícito em vez do ilícito em si. Dessa forma, a garantia constitucional da presunção de inocência acaba sendo eliminada, pautada na inobservância da forma legal de realizar o reconhecimento pessoal.

Aury Lopes Jr. (2023) ensina que o reconhecimento fotográfico é prova inadmissível e que pode ser usado como ato preparatório para o reconhecimento pessoal, seguindo o disposto no art. 226, I, do Código de Processo Penal. Entretanto, não poderá substituir o reconhecimento como prova inominada.

Observa-se ainda o alerta feito por Aury Lopes Jr. (2019) no artigo "Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal..." a respeito dos reconhecimentos informais:

> Infelizmente, agravando o cenário dos falsos reconhecimentos, temos graves falhas na disciplina do art. 226 do CPP e no tratamento dado pela jurisprudência brasileira. O reconhecimento pessoal é um ato formal e que deveria seguir ainda um rígido protocolo de realização, sendo um grande erro a tendência jurisprudencial de aceitar os

> ‘reconhecimentos informais’, dando liberdade para que o reconhecimento do suspeito seja realizado de qualquer forma, desde que, não seja provado o “prejuízo” para a defesa. Nunca é excesso recordar que no processo penal ‘forma é garantia’, ‘forma é legalidade’, considerando aqui que a forma é requisito para qualidade epistêmica da prova.

Dessa forma, depreende-se o quão importante é seguir o rol estabelecido pela legislação processual penal, haja vista não se tratar de mera formalidade. Caso haja a inobservância da forma legal, poderá ocorrer um reconhecimento informal e injusto, tanto para aquele que é reconhecido erroneamente quanto para aquele que realiza o reconhecimento. No caso do reconhecido, a garantia recai na justa e correta sanção exercida pelo Estado se, por meio de todo o conjunto probatório, restar comprovada sua autoria ou participação no ato ilícito investigado. Para aquele que realiza o reconhecimento, a garantia recai sobre a ótica de justiça e de aplicação da sanção estatal.

Se, mesmo com toda a problemática, for necessário realizar o reconhecimento por meio fotográfico, deverá a autoridade policial se atentar em seguir o que é disposto nos incisos I, II e IV do art. 226 Código de Processo Penal, pois, dessa maneira, o procedimento será mais confiável, ainda que não seja absoluto (NUCCI, 2023). Nesse sentido, destaca-se o entendimento jurisprudencial no seguinte excerto:

> AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. AÇÃO PENAL. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EFETUADO EM SEDE POLICIAL E REFERENDADO POR RECONHECIMENTO PESSOAL EM JUÍZO. OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. VALIDADE DA PROVA. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DE MAUS ANTECEDENTES E DO

ALTO VALOR DO BEM SUBTRAÍDO. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO: POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO, COM A CONSEQUENTE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial.

3. No caso concreto, não há motivos para duvidar da higidez da memória da vítima que efetuou o reconhecimento fotográfico do paciente, referendando-o em juízo, dado que o evento criminoso ocorreu duas horas antes, à luz do dia, e o motorista do caminhão assaltado teve plena condição de gravar os traços do paciente que, dentre os três indivíduos que participaram do delito, foi o responsável por abordá-lo de arma em punho, exigindo-lhe que abrisse o baú do caminhão que transportava, o que, sem dúvida, destacou sua figura em sua memória.

A mera alegação de que o reconhecimento fotográfico teria decorrido de indução de policiais sem amparo em evidências que a demonstrem não autoriza a declaração de nulidade do procedimento.

> Tampouco se verifica ilegalidade no reconhecimento pessoal realizado, em juízo, ao lado de dois outros indivíduos que apresentavam características semelhantes às do paciente.
> [...]
> 8. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no HC n. 689.049/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022.) (grifo nosso)

Nos trechos em destaque, consolida-se o alinhamento entre o que é disposto pela doutrina e o que é citado pela jurisprudência a respeito da necessidade de realizar o procedimento de reconhecimento pessoal sob a égide do Código de Processo Penal. O intuito é evitar a nulidade de toda a prova colhida e analisar todas as provas produzidas durante a instrução criminal.

No caso em comento, após realizar a valoração de todo o conjunto probatório nos autos do processo-crime, verificou-se que, além do reconhecimento fotográfico, este foi corroborado em juízo, razão pela qual negou-se provimento ao Agravo Regimental interposto pelo agravante.

Nesse mesmo diapasão, encontram-se na doutrina diversas decisões com base na ilegalidade cometida no reconhecimento fotográfico, como elucidado a seguir:

> *HABEAS CORPUS*. ROUBO. CORRUPÇÃO DE MENORES. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NÃO CONFIRMADO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.
> 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é possível a utilização das provas colhidas durante a fase inquisitiva - reconhecimento fotográfico - para embasar a condenação, desde que corroboradas por outras provas colhidas em Juízo.

2. A prova utilizada para fundamentar a condenação do Paciente - reconhecimento fotográfico em sede policial - é de extrema fragilidade, haja vista a inobservância das recomendações legais dispostas no art. 226 do Código de Processo Penal.
3. Hipótese em que a condenação se fundou unicamente no reconhecimento fotográfico realizado de maneira inadequada na fase inquisitorial e não confirmado pelas vítimas no âmbito judicial, verificando-se manifesta ilegalidade.
4. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório. (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020) 5. Ordem concedida para, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP, absolver o paciente JEFFERSON DA SILVA NOGUEIRA, nos autos n. 0009064-81.2019.8.19.0028, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Macaé - RJ, da prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal e no art. 244-B da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).
(HC n. 631.706/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 9/2/2021, DJe de 18/2/2021.)

Portanto, após realização de uma minuciosa valoração de provas feita pelo magistrado e de acordo com seu livre convencimento, ele poderá solucionar a demanda criminal da melhor forma possível. Isso ocorrerá desde que, antes do início da instrução criminal, sejam rigorosamente observadas as disposições em relação à produção da prova testemunhal e do reconhecimento pessoal feito em sede policial, devendo ser confirmado em juízo à luz da ampla defesa e do contraditório.

Cumprir o disposto no art. 226 do Código de Processo Penal não é mera formalidade, pois é em razão desse pensamento adotado por alguns julgadores que casos como o de Igor Barcelos Ortega se tornam cada vez mais frequentes. Destaca-se que o papel do julgador não é apenas condenar ou absolver, é promover segurança jurídica por meio de suas decisões, devendo estas estar firmemente fundamentadas e com o intuito de reprovar o ato, e não o possível praticante dele.

3 OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA E A VIOLAÇÃO DO *IN DUBIO PRO REO* EM RAZÃO DA RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA

Inicialmente, é imprescindível entender quais são os sistemas existentes para se realizar a avaliação das provas colhidas durante o inquérito policial e das provas produzidas dentro do processo penal, sob a égide da ampla defesa e do contraditório. Para isso, recorre-se à doutrina. O primeiro é o sistema da íntima convicção do magistrado; o segundo sistema trata do convencimento motivado; por fim, o último trata do sistema de prova tarifada (BRASILEIRO, 2020).

Dito isso, este capítulo tem como objetivo avaliar a hierarquia de provas introduzida pelos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, em que se dá maior peso às provas testemunhais em determinados casos, e avaliar se essa hierarquia fere o princípio do *in dubio pro reo*.

3.1 OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DE PROVA

3.1.1 SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO DO MAGISTRADO

O sistema da íntima convicção do magistrado, também conhecido como sistema da livre convicção, é baseado na liberdade do juiz em realizar a valoração das provas. Nesse sistema, pode o juiz avaliar até mesmo as provas que não estejam nos autos, sem ter a obrigação de fundamentar a sua decisão. Ou seja, a decisão do magistrado é o resultado da sua convicção acerca das provas, sem que haja qualquer necessidade de fundamentar o seu convencimento. Isso permite julgar o caso com base nas provas dos autos, sem provas constantes nos autos e até mesmo contra as provas presentes nos autos (BRASILEIRO, 2020).

Nucci (2023) traz de forma simplória que o sistema de livre convicção é o que prevalece no Tribunal do Júri. Partindo desse princípio, a doutrina elaborada por Renato Brasileiro (2020) é mais completa ao avaliar que o sistema da íntima convicção não foi adotado no ordenamento pátrio, porém se amolda às decisões dos jurados que compõem o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, pois sobre os jurados não recai a obrigatoriedade de motivar as suas decisões.

Dessa forma, o sigilo das votações no júri é garantido. Caso contrário, se os jurados precisassem fundamentar seus votos, a identificação de cada um poderia ser feita. Por essa razão, existe a necessidade de o jurado limitar seu voto em "sim" ou "não" em reposta aos quesitos nos termos do art. 406 do Código de Processo Penal (BRASILEIRO, 2020).

Por fim, o que se vê é que ainda que o sistema de livre convicção não seja o sistema adotado de forma íntegra pelo Processo Penal pátrio, o sistema se amolda perfeitamente ao cenário do Tribunal do Júri, levando em consideração o sigilo das votações, garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "b".

3.1.2 SISTEMA DO CONVENCIMENTO MOTIVADO

O sistema do convencimento motivado, também denominado como persuasão racional, é aquele em que o magistrado tem ampla liberdade para realizar a valoração das provas presentes nos autos. Nesse sistema, as provas são abstratamente dotadas do mesmo valor, sendo o magistrado obrigado a fundamentar sua decisão (BRASILEIRO, 2020).

Esse sistema é melhor entendido quando se verifica o seguinte trecho retirado da doutrina de Guilherme Nucci (2023):

> [...] é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.

Com base nesse excerto, verifica-se que o sistema do convencimento motivado é garantido tanto pelo art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, quanto pelo art. 155 do Código de Processo Penal, que versa a respeito de o "juiz formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial".

Dentro desse sistema, objetivo da nova redação dada pela Lei n. 11.960/2008 ao art. 155 do Código de Processo Penal é evitar que o magistrado leve em consideração as provas colhidas na fase investigatória para fundamentar sua decisão, uma vez que não estavam presentes a ampla defesa e o contraditório. Portanto, o magistrado deve concentrar a análise e a avaliação das provas produzidas sob a

égide do contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (NUCCI, 2023).

Nesse sentido, cabe destaque à crítica deixada por Nucci (2023), a respeito do julgador que usualmente utiliza convicções próprias para fundamentar suas decisões:

> Por outro lado, o julgador que emprega, usualmente, em sua atividade de composição de conflitos, opiniões e conceitos formados de antemão, sem maior preocupação com os fatos alegados pelas partes, nem tampouco atentando para o equívoco de cultivar ideias preconcebidas sobre determinados assuntos, é um juiz preconceituoso e, consequentemente, parcial. Não está preparado a desempenhar sua atividade com isenção, devendo alterar seu comportamento ou se afastar, ao menos, da área criminal.

Portanto, ainda que seja o sistema escolhido para compor o processo penal brasileiro, é um sistema que por vezes se demonstra falho. Com base na citação de Nucci, o magistrado deve se atentar à forma que realiza a valoração das provas no caso concreto, esvaindo-se de suas convicções pessoais, garantindo a justa aplicabilidade da lei penal.

3.2 O SISTEMA DA PROVA TARIFADA E A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS

O sistema da prova tarifada, também conhecido como sistema das regras legais, é próprio do sistema inquisitivo, que trabalha no sentido de as provas terem o valor fixado previamente pelo legislador. Assim, o magistrado apenas aprecia o conjunto probatório do caso concreto e atribui o valor das provas conforme anteriormente estabelecido em lei (BRASILEIRO, 2020).

A época da prova tarifada era a que se considerava nula a força probatória de apenas um testemunho (NUCCI, 2023). Por conseguinte, o conceito de que a confissão é a rainha das provas provém deste sistema, não havendo qualquer outra prova que poderia ir contra a confissão (BRASILEIRO, 2020).

Em continuidade, Renato Brasileiro (2020) vai além a respeito da época da prova tarifada:

> [...] uma única testemunha jamais seria suficiente para a comprovação de uma afirmação acerca de fato que interessasse à solução da controvérsia posta em juízo (*testis unus, testis nullus* – uma só testemunha não tem valor). Tal regra autorizava uma conclusão absurda: a verdade dita por uma única testemunha não teria valor, na medida em que, de acordo com a lei, um depoimento isolado não tinha qualquer valor; pelo contrário, se uma mentira fosse contada por duas testemunhas acabaria prevalecendo.

Seguindo o sistema de prova tarifada, se uma testemunha eivada por uma falsa memória induz outra e estas prestam seu testemunho no mesmo sentido, a falsa memória seria responsável pela condenação do suspeito.

Por conta dessa problemática, o Código de Processo Penal brasileiro não chegou a adotar o sistema de prova tarifada, porém há vestígios de sua aplicação, assim como discorre Renato Brasileiro (2020):

> Um exemplo de prova tarifada consta do art. 155, parágrafo único, do CPP, o qual dispõe que "somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil". Assim, se acaso pretenda o advogado provar que seu cliente está morto, não poderá querer fazê-lo através de prova

> testemunhal, sendo cogente a juntada de certidão de óbito, tal qual disposto no art. 62 do CPP.

Nesse caso, a prova testemunhal é hierarquicamente menor do que a prova documental, pois além de a apresentação da certidão de óbito ser obrigatória, é o meio incontestável de comprovação do falecimento do indivíduo, tendo assim um valor maior em relação às outras provas.

A hierarquia de provas não tem hipótese somente no art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Conforme Nucci (2023) apresenta nos casos do exame de corpo de delito: "Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de alguma prova, v.g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão."

Isso significa que somente a confissão do acusado não é suficiente. A autoridade judiciária deve solicitar a realização do exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios, como ocorre nos casos de violência doméstica e familiar e nos casos de violência contra crianças, adolescentes, idosos ou pessoas com deficiência (CPP, art. 158, parágrafo único, incisos I e II).

A jurisprudência atual tem abarcado não só os casos dispostos pelo Código de Processo Penal, mas também em casos em que se tem como violação o patrimônio da vítima:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO POR FURTO. ART. 155 DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO CRIME DE ROUBO. ART. 157, §1°, DO CP. EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. De acordo com a jurisprudência pacificada neste Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de

> delitos contra o patrimônio, é assente que a palavra da vítima, desde que amparada em outras provas produzidas em juízo, assume relevância probatória diferenciada e deve, inclusive, prevalecer sobre as demais versões existentes nos autos.
> 2. No caso em apreço, conforme apurado pela Corte Estadual, embora seja incontroversa a subtração do bem, não foram produzidas outras provas, além do depoimento da vítima, quanto ao emprego de grave ameaça ou violência na prática do fato criminoso.
> 3. Cumpre ressaltar que os policiais que efetuaram a prisão da ré não presenciaram o fato criminoso, tendo se limitado a ratificar o teor do APFD que traz o relato da vítima sobre os fatos.
> 4. Nesse contexto, não tendo sido colhidos mais elementos que corroborem a palavra da vítima, imperiosa a manutenção da desclassificação operada pelo Tribunal *a quo*, pois prevalece o princípio segundo o qual na dúvida interpreta-se em favor do acusado.
> 5. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AREsp n. 2.315.553/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 25/9/2023.)

Pela ementa, fica evidente que a palavra da vítima não é suficiente para que o conjunto probatório enseje uma condenação. Consequentemente, a palavra da vítima deverá ser corroborada pelas demais provas produzidas nos autos. Essa requisição se assemelha ao caso do reconhecimento fotográfico que deve vir acompanhado de mais provas, para que o magistrado consiga decidir após a valoração de todas as provas.

Entretanto, Capez (2023) diverge do posicionamento jurisprudencial, pois defende que, em casos de crimes contra o patrimônio, que por muitas vezes apresenta extrema dificuldade para se reconhecer a autoria, o reconhecimento pessoal deve prevalecer

desde que realizado nos exatos termos do art. 226 do Código de Processo Penal.

Para esses casos, Aury Lopes Jr. (2023) adverte sobre a relevância dada à palavra da vítima:

> Parte-se, não raras vezes inconscientemente, da premissa (reducionista e possivelmente falsa) de que a vítima está falando a verdade e não teria porque mentir. Por consequência dessa predisposição, tomamos como verdadeiro tudo o que é dito. E esse tem sido um foco de inúmeras e graves injustiças. Condenações baseadas em depoimentos mentirosos, ou frutos de falsa memória, falso reconhecimento e até erros de boa-fé. É preciso, também nesses delitos, fazer uma recusa aos dois extremos valorativos: não endeusar, mas também não demonizar. É preciso cautela e disposição para duvidar do que está sendo dito, para fomentar o desejo de investigar para além do que lhe é dado, evitando o atalho sedutor de acreditar na palavra da vítima sem tensionar com o restante do contexto probatório.

Baseado na citação mencionada, verifica-se que a jurisprudência, em muitos casos, fecha-se para a problemática das falsas memórias. Isso porque é dada maior relevância à prova testemunhal, que é extremamente empobrecida, haja vista sua dependência da memória da vítima ou da testemunha. Nessa corrente, Capez (2023) alerta que, por não haver o compromisso de dizer a verdade, a vítima pode falsificar o seu testemunho, sem incorrer no crime de falso testemunho.

Por isso, cabe destaque ao entendimento jurisprudencial acerca da relevância da palavra da vítima em casos de crimes contra a dignidade sexual:

> PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO

> ESPECIAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO ABSOLUTÓRIO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. Esta Corte Superior entende que, em crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, pois, em sua maioria, são praticados na clandestinidade, não podendo ser desconsiderada, mormente quando corroborada por outros elementos probatórios, como ocorreu no presente caso, em que a declaração da vítima foi confirmada pelas demais provas testemunhais.
> 2. Tendo as instâncias ordinárias se apoiado na palavra da vítima e nas demais provas dos autos para condenação do agravante pela prática do delito de estupro de vulnerável, a revisão do entendimento exigiria revolvimento fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.
> 3. Rever o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, para afastar a aplicação da continuidade delitiva e reconhecer um crime único, implicaria o necessário reexame das provas dos autos, providência vedada pela Súmula n. 7 do STJ.
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.157.131/CE, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 3/10/2023.)

Esse entendimento jurisprudencial se torna essencial nos crimes contra a dignidade sexual, que, em suma, são praticados em lugares ermos e afastados, e somente a vítima e o agressor são testemunhas do ato ilícito ocorrido. Dessa forma, com a especial relevância dada à

palavra da vítima, pode-se presumir que será promovida justiça em casos em que o bem jurídico tutelado foi violado.

Entretanto, com esse entendimento pacificado entre a jurisprudência, abre-se a possibilidade de o juiz ter como verdadeira a palavra da vítima, passando o ônus da prova para o acusado em provar sua inocência e ferindo o sistema acusatório (MOURA, 2022).

Em consequência do atual entendimento jurisprudencial, fica o alerta sobre as possibilidades de erros judiciários, como o caso a seguir retirado do Innocence Project Brasil (2023):

> Em 2014, um criminoso apelidado de "Maníaco da Moto" abordava em sua moto vermelha mulheres de uma mesma região de Fortaleza e em seguida as estuprava. Uma de suas vítimas, uma menina de 11 anos de idade, estava em um salão de beleza quando ouviu a voz de Antônio e a identificou como sendo a do homem que a abordara e estuprara dias antes, em uma passarela na periferia de Fortaleza. A vítima foi até a Delegacia de Polícia e, já com a foto de Antônio Cláudio – que havia obtido em uma rede social – apontou-o como o autor do crime. A mídia local, então, passou a se referir a Antônio como o "Maníaco da Moto". Antônio foi inicialmente reconhecido por várias outras vítimas, que pouco a pouco foram voltando atrás. Ao final, sua condenação fundamentou-se somente no reconhecimento daquela primeira vítima.
>
> Em parceria com a Defensoria Pública, o Innocence Project Brasil produziu prova pericial, a partir de filmagens da dinâmica criminosa, que demonstrou que Antônio Cláudio era 20 cm mais baixo que o verdadeiro autor dos crimes. Graças a essa e outras provas novas produzidas pelo Projeto, o Tribunal de Justiça do Ceará absolveu Antônio Cláudio, depois de quase 5 anos preso injustamente.

No caso mencionado, a vítima reconheceu Antônio Cláudio após ouvir a sua voz em um salão de beleza, depois de ter sido violentada dias antes. Por meio desse reconhecimento, pode-se fazer uma interligação com a Teoria do Traço Difuso (REYNA & BRAINERD, 1998), explicada no primeiro capítulo a respeito das falsas memórias.

No momento em que a vítima tenta recuperar a sua memória literal e mais detalhes do ocorrido, acaba recuperando a sua memória de essência. Ou seja, a vítima tinha guardado detalhes do dia em que ocorreu o estupro, como a voz do acusado e suas características físicas, o que a fez comparecer na delegacia com uma foto de Antônio alegando ser este o seu agressor sexual e assim prestou depoimento indicando-o como autor dos fatos sofridos.

Todavia, restou comprovado que Antônio Cláudio não era o autor dos fatos narrados pela vítima e, embora incialmente o seu depoimento tenha sido corroborado pelo das outras vítimas, estas voltaram atrás. Assim, pode-se considerar que o testemunho da vítima menor de idade foi eivado de falsas memórias.

Diante de todo o exposto, a falta alinhamento entre jurisprudência e doutrina acerca do sistema de valoração de provas toma destaque. O Código de Processo Penal não adotou o sistema de prova tarifada, mas a jurisprudência sim ao dar maior relevância à palavra da vítima. Entretanto, a divergência é o menor problema verificado, pois, quando se analisam os casos concretos, percebe-se melhor a falta de sintonia entre a teoria e a prática que ensejaram a condenação de inocentes.

O Superior Tribunal de Justiça adota o sistema hierárquico de provas a partir do momento em que se pressupõe maior valor à palavra da vítima em determinados delitos, o que, para Aury Lopes Jr. (2023), trata-se de um grande erro. Portanto, ao estar diante de um caso concreto, deve-se analisar todo o conjunto probatório produzido, evitando erros judiciários que comprometam a vida de inocentes.

3.3 A RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA E A VIOLAÇÃO DO *IN DUBIO PRO REO*

O presente tópico tem como intuito complementar o estudo em relação à valoração da palavra da vítima no sistema de prova tarifada, verificando se tal valoração fere o princípio do *in dubio pro reo*.

Preliminarmente, é válido trazer a conceituação do que é o *in dubio pro reo*, também conhecido como "favor rei", e quando é utilizado. Destarte, para Capez (2023), a dúvida sempre beneficiará o acusado. Assim, havendo duas interpretações, optar-se-á pela que beneficia o réu; da mesma forma, havendo dúvida, absolver-se-á o réu.

Nos ensinamentos de Nucci (2023), o *in dubio pro reo* é espelhado na relação processual e, havendo conflito entre a inocência do acusado e o poder-dever do Estado em punir, com dúvidas razoáveis, o juiz deverá decidir em favor do acusado. Como forma de exemplificar, Nucci traz a absolvição do réu mediante a insuficiência probatória disposta no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Renato Brasileiro (2020) discorre que esse princípio não se é uma regra de apreciação de provas, mas deve ser utilizado no momento da valoração das provas. Então, nos casos de dúvida, a decisão tem de favorecer o acusado, pois este não tem obrigatoriedade em provar que não praticou o delito.

Ademais, cabe destacar que, para a doutrina, o referido princípio só é cabível até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nos casos de revisão criminal, o princípio adotado seria o *in dubio contra reum* (BRASILEIRO, 2020).

Dessa forma, a aplicabilidade do *in dubio pro reo* é feita nos casos em que as provas constantes nos autos não são suficientes para ensejar a condenação do acusado, como observado na ementa a seguir:

> PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS

> JUDICIALIZADAS DA AUTORIA DELITIVA. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. *IN DUBIO PRO REO*. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. A confissão extrajudicial, posteriormente retratada e não corroborada por outros elementos produzidos sob o crivo do contraditório, não é suficiente para fundamentar a condenação.
> 2. A teor do art. 155 do Código de Processo Penal, é inadmissível que a condenação do réu seja fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e irrepetíveis.
> 3. Na hipótese, ressalvados os indícios apontados no inquérito policial, a acusação deixou de apresentar provas, no decorrer da instrução criminal, para dar suporte à condenação.
> 4. O direito penal não pode se contentar com suposições nem conjecturas, de modo que o decreto condenatório deve estar amparado em um conjunto fático-probatório coeso e harmônico. É sempre bom lembrar que, no processo penal, havendo dúvida, por mínima que seja, deve ser em benefício do réu, com a necessária aplicação do princípio do in dubio pro reo.
> 5. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp n. 2.365.210/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 12/9/2023.)

No caso em comento, o juízo *a quo* fundamentou sua decisão somente em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial e, ainda, a acusação deixou de apresentar provas que suportassem a condenação do acusado. Portanto, foi aplicado o *in dubio pro reo*, pela insuficiência probatória.

A violação do princípio do *in dubio pro reo* está correlacionada no valor probatório dado à palavra da vítima pelos Tribunais Superiores.

Tal entendimento tem como consequência a inversão do sistema acusatório, como elenca Gleiciane Moura (2022):

> O relevante valor probatório conferindo a palavra da vítima pode significar negligência a determinados princípios fundamentais como "in dubio pro reo" e a presunção de inocência. Além disso, tem como consequência, uma espécie de inversão do sistema acusatório, uma vez que incumbe ao réu o ônus da prova de sua inocência, atenuando o encargo da acusação de fazer operar o juízo de certeza e provar indubitavelmente a materialidade e autoria do delito.

Sendo assim, tarifar a palavra da vítima pode ferir os princípios basilares do Processo Penal brasileiro, como é o exemplo do "favor rei", derivado da presunção de inocência (NUCCI, 2023), e sabendo o juiz que, em certos casos, a palavra da vítima tem especial relevância, poderá deixar de lado a presunção de inocência e a adotar a presunção de culpabilidade. Nesse sentido, havendo dúvida da autoria do delito, deixaria o magistrado de aplicar o *in dubio pro reo* e poderia restar em um erro judiciário.

Portanto, nem a palavra da vítima, nem a prova testemunhal devem ser colocadas no topo da hierarquia de provas. Independentemente do crime que está sendo averiguado, de forma alguma deve ser concedida presunção de veracidade ao depoimento prestado em razão de o indivíduo ser vítima. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2023) traz apontamentos importantes:

> Constitui um grande erro supor que determinados crimes (seja pela gravidade ou complexidade) admitam "menos prova" para condenar do que outros. É absolutamente equivocada a prática decisória brasileira de, por exemplo, supervalorizar a palavra da vítima em determinados crimes (violência doméstica, crimes sexuais, crimes contra o

> patrimônio mediante violência ou grave ameaça etc.) e admitir a condenação exclusivamente com base na palavra da vítima ou quase exclusivamente, [...] Até porque a presunção de inocência não é "maior ou menor", "mais robusta ou mais frágil", conforme a natureza do crime.

Assim, fica evidenciada a desnecessidade de colocar em determinados crimes a palavra da vítima como sendo prova absoluta a respeito dos fatos. Logo, os magistrados devem observar os princípios basilares do Processo Penal brasileiro e respeitar o sistema adotado para realizar a valoração da prova, sem hierarquias entre os tipos de provas. E, caso ainda exista insuficiência probatória ou dúvida quanto à autoria delitiva dos fatos, o *in dubio pro reo* resta sendo a melhor solução para findar a instrução criminal.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou compreender o processo de formação das falsas memórias e, para isso, foi necessário recorrer aos ensinamentos da Psicologia a fim de, assim, conseguir demonstrar a falibilidade da memória. A partir das teorias estudadas, ficou claro que a construção de memórias pode sofrer alterações não só em razão do seu próprio funcionamento, mas também em virtude de sugestões de terceiros.

Em razão da falibilidade da memória, surge a problemática em questão a respeito do prejuízo das falsas memórias no reconhecimento de pessoa. Quanto a isso, o Código de Processo Penal apresenta um enredo que deve ser seguido para a colheita de provas e, de forma expressa, garante que o acusado será colocado junto a pessoas com características parecidas após prévia descrição dada pela vítima ou pela testemunha.

Casos como o de Igor Barcelos Ortega demonstram que o atual sistema é falho, pois admitiu que um jovem que estava a 24 km de

distância do local do crime fosse condenado a 15 anos e 6 meses de prisão. Ainda, a falha é comprovada pelo voto do Desembargador Edison Brandão, o qual assegurou que o fato de o jovem estar em outro local no momento do crime não era suficiente para provar que ele não foi o autor do delito, que teve como prova somente o reconhecimento feito por meio fotográfico.

A fim de combater erros judiciários, o tema entrou em debate no Superior Tribunal de Justiça e assim surge a nomenclatura de "erros honestos" para o depoimento ou o reconhecimento eivado de falsas memórias, haja vista que, para o indivíduo, o que ele narra é o entendimento daquilo que aconteceu para ele. Em contrapartida, o entendimento que veio para melhorar e garantir uma maior segurança para aquele que está sendo acusado deu ensejo para o entendimento jurisprudencial de dar maior relevância à palavra da vítima em alguns casos.

É evidente que tal entendimento vai contra o que é disposto pelo art. 155 do CPP, que versa sobre o sistema do convencimento motivado para sentenciar o caso. A jurisprudência utiliza – em casos de violência doméstica, crime contra o patrimônio e contra a dignidade sexual – o sistema de prova tarifada, dando um peso maior à palavra da vítima em relação às demais provas produzidas no processo.

A motivação que levou a esse entendimento é a forma como esses crimes são praticados, geralmente em lugares ermos, longe de pessoas que possam ser testemunhas. Dessa forma, a violação do *in dubio pro reo* se torna possível, pois se perde a paridade de armas entre defesa e acusação, já que é retirada a possibilidade de absolvição não somente pela dúvida, mas também pela insuficiência probatória. Em outras palavras, o acusado já entra no processo sentenciado a cumprir pena.

Infelizmente, o que é demonstrado aqui não fica somente no campo teórico, pois a prática se dá, por exemplo, pela injusta condenação de Antônio Cláudio, reconhecido por uma vítima de 11 anos de idade como autor de estupro. Durante a instrução criminal, as demais vítimas que o tinham reconhecido como autor voltaram atrás

em seus reconhecimentos, restando apenas o da menina. Antônio Cláudio também foi condenado com base no reconhecimento errado, cumprindo quase 5 anos de prisão por um crime com o qual sequer tinha envolvimento.

Cumprindo os objetivos da pesquisa, compreende-se que o atual sistema de valoração de provas é falho, trazendo certa insegurança jurídica àquele que está sendo acusado de um crime, desde o momento que é levado para o reconhecimento até o momento de prolação da sentença. Como forma de garantir uma maior segurança jurídica e a aplicabilidade do *in dubio pro reo,* devem os magistrados analisar todo o conjunto probatório produzido no processo, bem como as provas testemunhais que foram produzidas durante o inquérito e durante a instrução criminal, sob a égide do contraditório.

Dessa forma, demonstra-se que a valoração da palavra da vítima não deve ser aplicada, pois os casos aqui trazidos são apenas 2 de vários que ocorreram no sistema processual atual, que tarifa a palavra da vítima em um peso maior que as demais provas produzidas no processo. Assim, verifica-se a necessidade de uma reformulação urgente do atual sistema jurídico a fim de garantir que os erros judiciários sejam cada vez menos frequentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

BRAINERD, Charles; REYNA, Valerie. **The Science of False Memory**. New York: Oxford University Press, 2005. Disponível em: https://academic.oup.com/book/32740#login-purchase. Acesso em: 7 out. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2023.

CECI, Stephen J.; BRUCK, Maggie. The Ontogeny and Durability of True and False Memories: a fuzzy trace account. **Journal Of Experimental Child Psychology**, [S.L.], v. 71, n. 2, p. 165-169, nov. 1998. Elsevier BV. http://dx.doi.org/10.1006/jecp.1998.2468. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0022096598924687. Acesso em: 04 out. 2023.

CERGILIO, Amannda de Castro; CRUVINEL, Marcelo Pereira. **A Influência das Falsas Memórias das Testemunhas no Sistema de Valoração de Provas.** In: AQUINO, Leonardo Gomes de (org.). O Direito em Perspectiva. Belo Horizonte: Expert Editora, 2023. p. 213-279. Disponível em: https://experteditora.com.br/direito-em-perspectiva/. Acesso em: 11 out. 2023.

LOFTUS, Elizabeth. Our changeable memories: legal and practical implications. **Nature Reviews Neuroscience**, [S.L.], v. 4, n. 3, p. 231-234, 1 mar. 2003. Springer Science and Business Media LLC. http://

dx.doi.org/10.1038/nrn1054. Disponível em: https://www.nature.com/articles/nrn1054#citeas. Acesso em: 09 out. 2023.

LOFTUS, Elizabeth. **Até onde pode-se confiar na memória?** Palestra proferida na TEDGlobal Conference, Edimburgo, jun. 2013. Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_the_fiction_of_memory/details?language=pt-br#t-4939. Acesso em: 18 set. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury; CORREIA, Joselton Calmon Braz. **Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal...** 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal/. Acesso em: 15 out. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2023.

MOURA, Gleiciane Barbosa; SILVA NETO, Luís Gonzaga da. O valor probatório da palavra da vítima no crime de estupro e o risco da condenação de inocentes. **JNT**: Facit Business and Technology Journal, Tocantins, v. 36, n. 2, p. 320-343, maio 2022. Disponível em: https://jnt1.websiteseguro.com/index.php/JNT/article/view/1577. Acesso em: 10 nov. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023.

REYNA, Valerie F.A; LLOYD, Farrell. Theories of false memory in children and adults. **Learning And Individual Differences**, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 95-123, jan. 1997. Elsevier BV. http://dx.doi.org/10.1016/s1041-6080(97)90002-9. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1041608097900029. Acesso em: 07 out. 2023.

REYNA, Valerie F.; BRAINERD, C.J. Fuzzy-Trace Theory and False Memory: new frontiers. **Journal Of Experimental Child Psychology**, [S.L.], v. 71, n. 2, p. 194-209, nov. 1998. Elsevier BV. http://dx.doi.org/10.1006/jecp.1998.2472. Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/9843625/. Acesso em: 09 out. 2023.

SANTOS, Haridyane Oliveira dos; LOPES JR., Aury. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: problematização na valoração e as falsas memórias.** 2020. 30 p. Artigo (Graduação). Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/haridyane_santos.pdf>. Acesso em: 09 out de 2023.

STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B. Falsas Memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram?. **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**, [S. l.], v. 5, n. 2, 2008. Disponível em: https://ojs.revistasunipar.com.br/index.php/saude/article/view/1124. Acesso em: 10 out. 2023.

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL EM TEMPOS DE CALAMIDADE PÚBLICA

SUBSTANTIAL PERFORMANCE IN TIMES OF PUBLIC CALAMITY

Tatiana Oliveira Mendes de Carvalho[220]

Rafael Campos Soares da Fonseca[221]

RESUMO

Calamidades públicas como enchentes e desastres industriais têm impactos profundos nas relações contratuais. No Brasil, eventos como a enchente no Rio Grande do Sul e o desastre da Vale em Minas Gerais exemplificam essa influência. Este estudo explora o adimplemento substancial, onde devedores podem contestar a exigência de cumprimento total das obrigações após terem realizado parte significativa. Em contextos de calamidade pública, é crucial alinhar esse conceito com as noções de caso fortuito e força maior do Art. 393 do Código Civil Brasileiro, que eximem devedores de responsabilidades em situações imprevistas e inevitáveis. A metodologia utilizada neste artigo inclui revisão bibliográfica, análise jurisprudencial e notícias recentes para compreender como os desastres afetam as relações contratuais e as respostas jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Adimplemento substancial, calamidade pública, impacto.

220 Procuradora do Município de Imperatriz -MA, Mestre em Desenvolvimento Regional pela faculdade Alfa de Goiânia, Doutoranda do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) E-mail: tatisantosoliveira@gmail.com

221 Assessor de Ministro do STF, Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo, com estadas de pesquisa sanduíche na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, no Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen em Munique e na Università degli Studi di Siena, Mestre em Direito, Estado e Constituição e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: rafael.fonseca@unialfa.com.br

ABSTRACT

Public calamities such as floods and industrial disasters have profound impacts on contractual relations. In Brazil, events like the flood in Rio Grande do Sul and the Vale dam disaster in Minas Gerais exemplify this influence. This study explores substantial performance, where debtors can challenge the requirement for full fulfillment of obligations after having fulfilled a significant part. In contexts of public calamity, it is crucial to align this concept with the notions of fortuitous event and force majeure under Article 393 of the Brazilian Civil Code, which exempt debtors from responsibilities in unforeseen and unavoidable situations. The methodology includes literature review, jurisprudential analysis, and recent news to understand how disasters affect contractual relations and legal responses.

KEYWORDS: Substantial performance, public calamity, impact.

INTRODUÇÃO

Calamidades públicas são situações de grandes danos à saúde pública e aos serviços públicos, conforme definido pelo Senado. Esses eventos inesperados e de grande magnitude, como desastres naturais, fenômenos geológicos ou desastres industriais, podem dificultar ou impossibilitar o cumprimento das obrigações contratuais. É crucial entender como esses desastres naturais impactam o adimplemento dos contratos.

Para ilustrar a importância do estudo sobre o adimplemento substancial em casos de calamidades públicas, podemos citar exemplos recentes de catástrofes ambientais no Brasil, como a enchente no Rio Grande do Sul, as voçorocas em Buriticupu-MA, o desastre da mina de sal-gema da Braskem em Maceió e o desastre da Vale em Minas Gerais. Esses eventos demonstram como as relações jurídicas, especialmente contratuais, podem ser diretamente afetadas por catástrofes naturais.

O presente artigo se propõe a discutir o instituto do adimplemento substancial em relação às calamidades públicas. A

metodologia utilizada inclui uma análise detalhada de textos jurídicos, jurisprudência, legislação, doutrina e notícias atualizadas de jornais online. Este estudo investigará os tipos de evidências necessárias para comprovar o cumprimento substancial das obrigações em contextos de catástrofes; explorará a conciliação do adimplemento substancial com os conceitos de caso fortuito e força maior, conforme disposto no Art. 393 do Código Civil Brasileiro; e avaliará a aplicabilidade do adimplemento substancial em situações de calamidade pública, considerando se ele deve ser substituído pelo conceito de força maior.

A metodologia adotada para este estudo compreende as seguintes etapas: revisão bibliográfica, análise jurisprudencial e análise de notícias atualizadas. Primeiramente, na revisão bibliográfica, o objetivo é identificar e analisar as principais obras e artigos acadêmicos brasileiros que discutem o adimplemento substancial, caso fortuito e força maior. Para isso, será realizada uma busca em bases de dados acadêmicas, bibliotecas digitais e revistas jurídicas especializadas, selecionando textos que abordem os conceitos e suas aplicações em situações de calamidades públicas. Em seguida, na análise jurisprudencial, o objetivo é examinar decisões judiciais relevantes que aplicam os conceitos de adimplemento substancial, caso fortuito e força maior em contextos de calamidades públicas. Serão analisados acórdãos e decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de tribunais estaduais. Por fim, na análise de notícias atualizadas, o objetivo é revisar notícias recentes para entender como os desastres impactam as relações contratuais e quais são as reações jurídicas imediatas. Serão coletadas e analisadas notícias de fontes confiáveis como grandes jornais e portais de notícias para verificar a cobertura de desastres e suas implicações jurídicas.

O conceito de adimplemento substancial, que permite ao devedor contestar a exigência de cumprimento integral da obrigação quando uma parte significativa da dívida já foi satisfeita, ganha relevância especial em contextos de calamidades públicas. Este conceito visa evitar a resolução contratual desproporcional e promover uma solução mais justa para ambas as partes, sobretudo pela satisfação da

verificação do cumprimento dos deveres acessórios derivados do Art. 422 do CCB/02. (Pagani, 2007, p. 275).

Conforme Nelson Nery Júnior (2022, p. RL-2.29), entende-se que a doutrina do adimplemento substancial se baseia em:

> "A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial (...)"

Nesse mesmo sentido, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (1980, p. 56) entende que é um princípio derivado da boa-fé, criando uma exceção ao requerimento da resolução contratual diante da proibição do exercício de resolver o contrato por inadimplemento (ou suscitar a exceção do contrato não cumprido) quando o descumprimento é irrelevante em relação ao contrato global.

Nesse cenário, ao privilegiar a paridade entre às partes, bem como privilegiar à boa-fé objetiva envolvida no caso derivado do Art. 422 do CCB/02, é preciso dizer, ainda, o privilégio da segurança jurídica ao limitar à resolução contratual estipulada no Art. 475 do CCB/02, em especial, porque não é todo inadimplemento que pode ensejar a resolução contratual, devendo obedecer os critérios de inexpressividade e irrelevância do inadimplemento em relação às obrigações principais e acessórias do contrato (Gomide, 2011).

É possível, ainda, determinar que a doutrina do adimplemento substancial decorre dos princípios gerais do contrato, preponderando

a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do Art. 475 do CCB/02 (Jornada IV de Direito Civil do STJ nº 361) — entendendo, ainda, a necessidade de levar em conta os elementos quantitativos e qualitativos (Jornada VII de Direito Civil do STJ nº 586).

Entende-se, sobretudo, a necessidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial para visar o impedimento do uso equilibrado do direito de resolução por parte do credor, visando a preservação da avença, dentro dos princípios da boa-fé e da função social do Contrato (STJ, 2011)[222].

No entanto, em situações de calamidades públicas, surge a necessidade de conciliar esse instituto com os conceitos de caso fortuito e força maior. A legislação brasileira, através do Art. 393 do Código Civil, dispõe que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles se responsabilizado. Isso implica que, em situações de calamidades, os devedores podem se eximir de responsabilidades que, de outra forma, seriam inalienáveis.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm explorado a viabilidade de aplicar o adimplemento substancial nesses contextos, buscando um equilíbrio entre a proteção dos direitos do credor e a mitigação dos impactos para o devedor.

Este estudo busca contribuir para a compreensão do adimplemento substancial em contextos de calamidades públicas, propondo uma análise crítica e metodológica dos conceitos envolvidos e suas possíveis aplicações. Ao fazer isso, espera-se fornecer uma base sólida para a discussão e a implementação de soluções jurídicas adequadas em casos de desastres.

222 STJ, 4.ª T., REsp 1051270-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 4.8.2011, DJUE 5.9.2011)

2. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: CONCEITO E ORIGEM BREVE HISTÓRICO

O termo "adimplemento" na língua portuguesa refere-se ao ato ou efeito de cumprir uma obrigação, podendo ser sinônimo de cumprimento, execução ou adimplência. Segundo Rubens Granja (2020), não há consenso sobre a terminologia que define formalmente o cumprimento das obrigações, com termos como pagamento, cumprimento e execução sendo usados de maneira equivalente.

Explorando o conceito de adimplemento substancial, emergem diversos aspectos fundamentais que delineiam e aprofundam nossa compreensão desse instituto jurídico. A seguir, alguns conceitos podem ser exemplificados:

Para Silva, Barros e Barros (2024),

> "O adimplemento substancial surgiu, portanto, para impedir o exercício de um direito potestativo de resolução contratual por parte do credor em face de um mínimo descumprimento da obrigação, uma vez que o desfazimento do negócio jurídico acarretaria em sacrifício desproporcional quando comparado à sua manutenção. Desse modo, a teoria jurídica propõe que o credor busque uma tutela adequada e proporcional à percepção das prestações inadimplidas."

Por outro lado, Freitas, Netto e Rosenvald (2022, p. 883) também abordam o adimplemento substancial, mas enfatizam a prevenção do uso desleal do direito pelo credor. Eles descrevem o instituto como uma forma de impedir a resolução do contrato por motivos insignificantes, evitando um sacrifício desproporcional em comparação à manutenção do contrato. Segundo esses autores:

> "Hipótese de recorrente de desleal exercício de direito é afetada na figura do adimplemento substancial do contrato. Aqui é possível impedir o exercício de direito potestativo de resolução por parte do credor em face ao mínimo descumprimento da obrigação. O desfazimento do contrato acarretaria sacrifício desproporcional comparativamente à sua manutenção, sendo coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção das prestações inadimplidas."

Em resumo, o adimplemento substancial é um conceito jurídico que permite ao devedor contestar a exigência de cumprimento integral da obrigação quando uma parte significativa da dívida já foi satisfeita. Embora o adimplemento substancial seja amplamente reconhecido na jurisprudência moderna, historicamente, não há registros de que tenha sido utilizado no direito romano, pois este era bastante formalista no trato das obrigações. Embora o direito romano tenha produzido casos que poderiam lembrar o adimplemento substancial, a formalização desse conceito só surgiria mais tarde, na Idade Moderna (Carvalho Filho, 2022).

Nesse ínterim, é possível estabelecer, ainda, que, por força jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a teoria do adimplemento substancial é derivado como função limitadora do exercício dos direitos pela boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*)[223] e, também, a função social do contrato, associada ao princípio da conservação dos negócios jurídicos[224].

É preciso lembrar, ainda, que o adimplemento substancial deve ser considerado um descumprimento de parte ínfima, entendendo o adimplemento próximo do resultado final ao ponto de que seja somente possível o requerimento de indenização e não de resolução

223 STJ, REsp 953.389/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.02.2010, *DJe* 15.03.2010; STJ, REsp 1202514/RS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2011, *DJe* 30.06.2011.

224 STJ, REsp 877.965/SP, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.11.2011, DJe 01.02.2012.

contratual, uma vez que o credor não é obrigado a aceitar somente parte do cumprimento da obrigação, nos termos do Art. 314 do CCB/02. (Ferreira, 2019).

Segundo Carvalho Filho (2022), a doutrina da *substancial performance* teve seu caso pioneiro no julgamento de *Boone v. Eyre*, em 1779. Neste caso, Boone tinha a obrigação de transferir a Eyre a propriedade de uma plantação juntamente com os escravos que ali viviam. Em contrapartida, Eyre deveria pagar 500 libras, com uma renda anual de 160 libras. Em um determinado momento do contrato, Boone cobrou 400 libras atrasadas, e Eyre contestou alegando que Boone não havia cumprido a obrigação de garantir o domínio sobre os bens alienados, uma vez que a plantação estava sob sua posse, mas os escravos não mais lhe pertenciam. Lord Mansfield, ao analisar o caso, concluiu que a inexecução parcial de Boone não impedia o cumprimento substancial do contrato, estabelecendo assim um precedente importante para a doutrina da *substancial performance*.

É importante lembrar que, embora o conceito de adimplemento substancial seja amplamente discutido na doutrina e reconhecido pela jurisprudência, ele não está explicitamente mencionado no Código Civil Brasileiro (Vermelho; Bufulin, 2022).

Trata-se de uma criação doutrinária que ganhou ampla aceitação e aplicação através das decisões judiciais. Segundo Iolovitch (2016), antes da adesão à Convenção de Viena sobre Contratos Internacionais, não havia uma disposição específica sobre o assunto. No contexto contratual, a intenção inicial das partes, em regra, é o adimplemento total, partindo do princípio da boa-fé contratual.

De acordo com Carvalho Filho (2022), "a boa-fé empregada é o agir de boa-fé, em que ele deve se comportar como um homem correto na execução da obrigação. Esse comportamento correto refere-se a um comportamento decente, que corresponde à legítima expectativa do outro contratante."

É importante mencionar que, embora o adimplemento substancial seja um conceito jurídico amplamente respeitado e reconhecido na doutrina internacional, ele não é adotado de

maneira uniforme em todos os sistemas jurídicos. Oliveira Milagres (2023) observa que o ordenamento jurídico português, por exemplo, contempla explicitamente a impossibilidade de resolver um contrato devido ao adimplemento substancial. Conforme o artigo 802º, nº 2, do Código Civil Português, "o credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância".

No contexto do ordenamento jurídico italiano, Oliveira Milagres (2023) explica que o artigo 1455 do Código Civil Italiano estabelece que um contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes for de pouca relevância em relação ao interesse da outra parte. Esta norma sugere que a resolução de um contrato é justificada apenas quando o não cumprimento de uma obrigação tem um impacto significativo no interesse da parte prejudicada.

Essas disposições em diferentes jurisdições refletem uma tendência comum de proteger a continuidade das relações contratuais, enfatizando a importância do cumprimento substancial das obrigações. Evita-se, assim, a resolução de contratos por motivos menores, o que é essencial para manter a estabilidade e a confiança nas transações econômicas.

3. INTRODUÇÃO AOS CONCEITOS DE ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E CASO FORTUITO

A interpretação adequada dos conceitos de adimplemento substancial e caso fortuito é crucial para a resolução de disputas contratuais e a manutenção do equilíbrio nas relações contratuais. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem desempenhado um papel fundamental ao estabelecer precedentes que orientam a aplicação desses conceitos. Um exemplo marcante é o acórdão REsp 76.362, de 1995, onde o tribunal decidiu que a falta de pagamento da última parcela de um prêmio de seguro não era suficiente para resolver

o contrato, visto que o segurado havia cumprido substancialmente suas obrigações.

O adimplemento substancial se baseia na ideia de que, quando uma parte cumpre a maior parte de suas obrigações de forma significativa, a resolução do contrato por um descumprimento menor seria desproporcional e injusta. A aplicação desse conceito visa evitar que pequenas falhas no cumprimento contratual resultem em consequências severas, promovendo um equilíbrio justo entre as partes envolvidas.

Os tribunais, ao aplicarem o adimplemento substancial, consideram fatores como a extensão do cumprimento da obrigação, a importância relativa da parcela não cumprida e o impacto da resolução do contrato na parte inadimplente. Esse julgamento permite uma análise mais equitativa das relações contratuais, mitigando a rigidez de uma aplicação literal dos termos contratuais.

Como mencionado no acórdão REsp 76.362, a teoria do adimplemento substancial foi aplicada em um contrato de seguro, onde o segurado não pagou a última parcela do prêmio. O tribunal considerou que, dado o cumprimento substancial das obrigações pelo segurado, a resolução do contrato seria desproporcional. Este exemplo ilustra como o adimplemento substancial protege os interesses das partes que, de boa-fé, cumpriram a maior parte de suas obrigações.

Quadro Explicativo 1: Exemplos de Adimplemento Substancial

Tópico	Descrição
Relevância Jurídica	A interpretação dos conceitos de adimplemento substancial e caso fortuito é essencial para a resolução de disputas contratuais e a manutenção do equilíbrio nas relações contratuais.
Precedentes do STJ	Exemplos como o acórdão REsp 76.362 (1995) mostram a aplicação do adimplemento substancial, onde o tribunal decidiu que um pequeno descumprimento não justifica a resolução do contrato.

Referência: Elaboração própria da autora com base no REsp 76.362 do STJ

Em contratos de construção, onde um empreiteiro completa a maior parte do trabalho, mas é impedido de finalizar devido a eventos

imprevistos, como desastres naturais, o adimplemento substancial pode ser invocado para evitar a resolução do contrato. Por exemplo, se um construtor completa 90% de uma obra, mas uma enchente impede a conclusão, a aplicação do adimplemento substancial pode permitir a compensação proporcional ao trabalho realizado, em vez da resolução total do contrato.

Isso porque é possível estabelecer que o contrato está, basicamente, cumprido em sua maior parte, entendendo-se que o inadimplemento aqui seja insignificante perante todo o conjunto da obra, sendo impeditivo expresso da utilização da resolução contratual pelo Art. 475 do CCB/02 visando o equilíbrio contratual, a continuidade dos negócios jurídicos e a própria estabilidade das relações econômicas.

No entanto, e quando há o cumprimento de, pelo menos, uma parte substancial (51%) da obrigação total dos contratos, há caso fortuito ou de força maior? É possível impedir a resolução contratual nos moldes do Art. 475 do CCB/02, aplicando-se a teoria do adimplemento substancial, além da *cláusula rebus sic standibus*?

3.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR: FUNDAMENTOS E IMPACTO

O caso fortuito e a força maior referem-se a eventos imprevistos e inevitáveis que impedem o cumprimento de uma obrigação contratual. O artigo 393 do Código Civil Brasileiro estabelece que "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles se responsabilizado". Para invocar esses conceitos, é necessário que o evento seja realmente imprevisível e que esteja além do controle das partes envolvidas.

Eventos como terremotos, inundações e furacões são frequentemente considerados casos de força maior, liberando as partes de suas obrigações contratuais quando esses eventos impossibilitam o cumprimento. Em tais situações, as partes não são responsáveis pelos

danos causados pela impossibilidade de cumprimento do contrato, desde que o evento não tenha sido causado por sua própria negligência.

A pandemia de COVID-19 exemplifica um caso de força maior que afetou contratos em todo o mundo. No caso *JN Contemporary Art LLC v. Phillips Auctioneers LLC,* mencionado anteriormente, a cláusula de força maior foi invocada devido à impossibilidade de realizar um leilão planejado. A pandemia foi reconhecida como um evento imprevisto e fora do controle das partes, justificando a rescisão do contrato sem penalidades adicionais.

O quadro a seguir ilustra como esses tipos de eventos são tratados como força maior, destacando suas implicações jurídicas e fornecendo exemplos práticos de sua aplicação no cumprimento de contratos.

Quadro Explicativo 2: Exemplos de Caso Fortuito e Força Maior

Tópico	Descrição
Desastres Naturais	**Descrição:** Desastres naturais, como terremotos, inundações e furacões, são eventos imprevisíveis que podem impossibilitar o cumprimento das obrigações contratuais.
	Impacto Jurídico: Estes eventos são geralmente classificados como força maior. As partes contratantes são eximidas de responsabilidade pelo não cumprimento do contrato quando a execução se torna impossível devido a esses eventos, desde que a falta de cumprimento não seja resultado de negligência própria.
	Exemplo: Em um contrato de construção, se uma enchente destrói a obra em andamento, a empresa de construção pode ser liberada de suas obrigações, pois a enchente é um evento de força maior que impede a continuidade dos trabalhos.
Pandemias	**Descrição:** Pandemias, como a COVID-19, são eventos globais que causam interrupções significativas e imprevistas nas operações normais das empresas e indivíduos.
	Impacto Jurídico: A pandemia é reconhecida como um evento de força maior que pode justificar a rescisão ou a suspensão de contratos, sem penalidades adicionais, quando torna impossível ou excessivamente oneroso o cumprimento das obrigações contratuais.
	Exemplo: Durante a pandemia de COVID-19, muitos contratos de eventos foram suspensos ou cancelados devido às restrições governamentais. Por exemplo, no caso de um contrato de leilão, se a realização do leilão foi impossível devido às restrições de viagem e reunião impostas pela pandemia, a cláusula de força maior pode ser invocada para justificar a rescisão do contrato.

Referência: Elaboração própria da autora.

Deve-se entender que *impossibilidade em decorrência de inexecução do contrato por fato inimputável ao contratante que deveria realizar a prestação*, tratando-se de fato decorrente de evento irresistível para a parte, onde a lei civil exonera o devedor pela responsabilidade do não cumprimento (Fachin, 2012).

Aplicando-se o Art. 393 do CCB/02, a resolução contratual exime o devedor de responder pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior (se não houver se responsabilizado), no entanto, e quando há possibilidade de suspensão dos contratos e a possibilidade de sua revisão através do adimplemento substancial e não a aplicação direta do *rebus sic standibus*?

É necessário estabelecer uma viabilidade da manutenção de um contrato substancialmente já cumprido para que não se agrave ainda mais a situação diante do caso fortuito ou força maior, como o caso da Covid-19 e as enchentes do Rio Grande do Sul, por exemplo.

4. INTERAÇÃO ENTRE ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E CASO FORTUITO

Em muitos casos, os conceitos de adimplemento substancial e caso fortuito podem interagir. Um exemplo seria um contrato em que a maior parte das obrigações foi cumprida, mas um evento de força maior impede o cumprimento final. Nesse cenário, a parte adimplente poderia argumentar que, dado o cumprimento substancial das obrigações e a impossibilidade de concluir devido a um evento imprevisível, a resolução do contrato seria desproporcional e injusta, indicando, ainda, a cláusula do Art. 393 do CCB/02, analisando a possibilidade da cobrança ou não das perdas e danos em decorrência do inadimplemento contratual *ínfimo*.

A análise de situações que envolvem adimplemento substancial e caso fortuito deve sempre ser guiada pelo princípio da boa-fé. Esse princípio exige que as partes atuem de maneira honesta e transparente, fornecendo provas suficientes para apoiar suas alegações. A boa-fé

objetiva implica que ambas as partes cooperem e evitem ações que prejudiquem injustamente a outra parte. Segundo Oliveira Milagres (2023), a boa-fé germânica tem sua origem no juramento de honra, refletindo o dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada, que se traduz em lealdade e confiança.

Quadro Explicativo 3: A Boa-Fé Objetiva na Execução e Interpretação de Contratos

Tópico	Descrição
Relevância da Boa-fé	A boa-fé objetiva é crucial na interpretação e execução de contratos, exigindo que as partes ajam de forma leal e honesta, respeitando os interesses mútuos.
Aplicação Prática	As partes devem cooperar e fornecer evidências claras ao enfrentar dificuldades, e os tribunais consideram a boa-fé ao avaliar litígios contratuais.

Referência: Elaboração própria da autora com base em Oliveira Milagres (2023)

Considere um contrato de fornecimento de materiais de construção em uma região afetada por uma enchente. O fornecedor, que já entregou a maior parte dos materiais, enfrenta dificuldades logísticas severas devido ao desastre. Se a entrega final é impossível por causa do evento de força maior, o fornecedor pode invocar tanto o adimplemento substancial quanto o caso fortuito para evitar a resolução do contrato e negociar um ajuste proporcional.

A boa-fé objetiva é um princípio fundamental na interpretação e execução de contratos. Este princípio exige que as partes ajam de forma leal e honesta, respeitando os interesses mútuos. Na prática, isso significa que as partes devem cooperar para alcançar os objetivos do contrato e evitar ações que possam prejudicar a outra parte. A aplicação da boa-fé é especialmente crucial na avaliação de casos de adimplemento substancial e caso fortuito.

No contexto de calamidades públicas ou eventos imprevistos, a parte que enfrenta dificuldades deve demonstrar transparência e fornecer evidências claras de como a calamidade afetou sua capacidade de cumprir o contrato. Por exemplo, um locatário que

não consegue pagar o aluguel devido a uma catástrofe natural deve apresentar provas de sua situação financeira e cooperar com o locador para encontrar uma solução justa.

Por outro lado, a parte adversa deve considerar a excepcionalidade da situação antes de exigir a resolução do contrato ou aplicar penalidades severas. Em contratos de fornecimento, o comprador deve considerar as dificuldades enfrentadas pelo fornecedor devido a eventos de força maior e estar disposto a negociar ajustes razoáveis.

Nos tribunais, a boa-fé objetiva é frequentemente invocada para avaliar a conduta das partes em litígios contratuais. Em decisões onde o adimplemento substancial ou o caso fortuito são alegados, os juízes examinam se as partes agiram de boa-fé ao lidar com as circunstâncias imprevistas. Casos como o REsp 76.362, onde a seguradora aceitou pagamentos atrasados, refletem a importância de considerar a boa-fé no cumprimento das obrigações.

5. CONCLUSÕES FINAIS

O conceito de "adimplemento" no direito contratual brasileiro refere-se ao cumprimento das obrigações pactuadas entre as partes. A falta de consenso sobre a terminologia e a interpretação dos conceitos de adimplemento substancial e caso fortuito reflete a complexidade da doutrina jurídica. O adimplemento substancial impede a resolução do contrato em casos de descumprimento mínimo, evitando sacrifícios desproporcionais e promovendo a equidade na relação contratual, observando, ainda, a possibilidade da flexibilização quanto à aplicação da indenização por perdas e danos, em caso fortuito ou de força maior, nos termos do Art. 393 do CCB/02.

A aplicação do adimplemento substancial em contextos de calamidade pública é uma área emergente e relevante. Se o pagador tem um histórico de pagamentos regulares e a impossibilidade de cumprir a obrigação é temporária e causada pela calamidade, o adimplemento substancial pode ser considerado uma solução justa

para evitar a resolução contratual desproporcional, em especial, para evitar não só a resolução contratual abusiva, mas, também, da cobrança de perdas e danos de maneira desproporcional que gere lesão aos atos jurídicos já realizados ao decorrer do cumprimento da relação contratual adquirida pelas partes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 maio 2024.

CARVALHO FILHO, Carlos Augusto de. **O adimplemento substancial na execução de contrato.** 1. ed. São Paulo: Editora do Autor, 2022. ISBN 978-65-00-936-5. Kindle Direct Publishing.

COUTO E SILVA, Clóvis Verissimo do. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. In: CAETANO, Marcello et al. **Estudos de direito civil brasileiro e português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

Decreto especifica municípios atingidos por cheias de rios. **Governo do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: https://www.estado.rs.gov.br/decreto-especifica-municipios-atingidos-por-cheias-de-rios. Acesso em: 18 maio 2024.

Desastre em Maceió: entenda o que provocou rompimento de mina de sal-gema da Braskem. **O globo.** 11 de novembro de 2023. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/12/11/desastre-em-maceio-entenda-o-que-provocou-o-rompimento-de-mina-de-sal-gema-da-braskem.ghtml. Acesso em: 27 maio 2024.

FACHIN, Luiz Edson. Fato de força maior e o adimplemento contratual. **Soluções Práticas – Fachin**, vol. 1, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil:** Volume único. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial. **Revista de Direito Civil Contemporâneo.** Vol. 18/2019.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito Privado**. Vol. 45/2011.

GRANJA, Rubens. **Adimplemento substancial:** visão atual da teoria. 2020. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30032021-163823/publico/3732962_Tese_Original.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.

IOLOVITCH, Marcos Brossard. ***Efficient breach theory***: a análise do rompimento eficiente dos contratos empresariais à luz da legislação brasileira e da law and economics. Dissertação de Mestrado. Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/148302. Acesso em: 18 maio 2024.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Adimplemento substancial: algumas reflexões sobre um velho tema sempre atual. **Revista EJEF**, n. 3, 2023. Disponível em: https://revistaejef.tjmg.jus.br/index.php/revista-ejef/article/view/9. Acesso em: 08 jun. 2024.

MPF. **DESASTRE da Vale:** definidas as datas de reunião para aprovação da proposta definitiva de reparação socioeconômica. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/desastre-da-vale-definidas-as-datas-de-reuniao-para-aprovacao-da-proposta-definitiva-de-reparacao-socioeconomica. Acesso em: 27 maio 2024.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

PAGANI, Valdecir. **Tutela Específica das obrigações contratuais de fazer e não fazer.** Orientador: Luiz Guilherme Marinoni. 415 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, 2007.

SILVA, Jully Anne; BARROS, Rayane Souza de; BARROS, Guilherme Silveira. Teoria do adimplemento substancial e sua aplicação no âmbito dos processos de recuperação judicial. **Consultor Jurídico.** 23 de janeiro de 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-23/teoria-do-adimplemento-substancial-e-sua-aplicacao-no-ambito-dos-processos-de-recuperacao-judicial/. Acesso em: 12 de junho de 2024.

VERMELHO; S. P. Vermelho; BUFULIN, A. P. A possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial para a suspensão da ordem de prisão do devedor de alimentos, **Civilistica.com**, vol. 11, nº 3, p. 1–19, dez. 2022.