

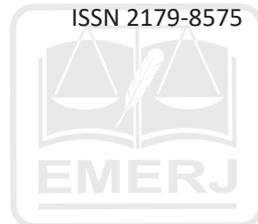
REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 14- n. único - Tomo II (M/Y) - Jan./Dez. 2022



Elaborados em 2022



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 14 - n. único - Tomo II (M/Y) - Jan./Dez. 2022



Elaborados em 2022



© 2022 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br



EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ
2022**

CONSELHO EDITORIAL

DIRETORA-GERAL

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

SECRETÁRIA-GERAL

Luiza Alves de Castro

Diretora do Departamento de Ensino (DENSE)

Ana Paula Teixeira Delgado

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/BIBLIO - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Monica Cavalieri Fetzner Arial
- Nelson Carlos Tavares Junior
- Rafael Mario Iorio Filho
- Ubirajara da Fonseca Neto
- Maria Carolina Cancellata de Amorim





MANOELA LUNA SARAMAGO MACHADO

A CONDIÇÃO DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS APÓS A DISSOLUÇÃO CONJUGAL NO
ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO 536

MARCELO BRITO DA COSTA HONORATO SANTOS

DA POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL A CONCES-
SIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS 552

MARCOS AURELIO SOUSA JUNIOR

INFLUÊNCIAS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES ... 569

MARIA EDUARDA FIGUEIRA BORGES

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS COM RELAÇÃO AOS
PREJUÍZOS CAUSADOS PELOS PRODUTOS E SERVIÇOS POR ELES DIVULGADOS..... 583

MARINA TEIXEIRA MARQUES DOS SANTOS

DEMOCRACIA CIBERNÉTICA: A INTERNET COMO FORMA DE INFLUENCIAR NA
CRIAÇÃO DAS NORMAS E EFETIVAR O EXERCÍCIO DA CIDADANIA 599

MAYUMY CYRNE TANI

A ADOÇÃO DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 613

MONIQUE CELEBRINI DE OLIVEIRA CAMPOS

A INÓPIA DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO A EMBASAR O DECRETO CON-
DENATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 630

MONIQUE DOS SANTOS PEREIRA

O IMPACTO DA PANDEMIA SOBRE OS ALUGUÉIS NA LOCAÇÃO COMERCIAL EM
SHOPPING CENTER..... 644

NATÁLIA NOGUEIRA RODRIGUES

A (IN)COMPATIBILIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COM O PRINCÍPIO
DA INSIGNIFICÂNCIA 661



NATASHA GABRIELLE ANDRADE SANTOS

CRIMES DE ESTUPRO: OS RISCOS DE UMA CONDENAÇÃO BASEADA APENAS NA PALAVRA DA VÍTIMA 678

NATHÁLIA LEAL BARRETO

A TUTELA JURISDICIONAL FRENTE ÀS ILEGALIDADES EM CONCURSOS DE CARREIRA POLICIAL EM FACE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MONOCULAR 693

OTAVIO GUIZZO DUNCAN COUTO

ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DA OBTENÇÃO DE PROVA EM APLICATIVOS DE MENSAGENS..... 709

PRISCILA RIBEIRO DA SILVA DE AGUIAR

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: UMA REFLEXÃO À LUZ DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL..... 725

RAQUEL MOXOTÓ FALCÃO

(IM)POSSIBILIDADE DE USO DA LEGÍTIMA DEFESA EM FAVOR DO BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE..... 739

RENATA RECHE BOREL

A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE NEGOCIAÇÃO NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DOS LIMITES PRINCÍPIOLÓGICOS..... 754

RENATO PRADO DE CARVALHO

A TEORIA DO APROVEITAMENTO PARASITÁRIO EM CASOS DE INFRAÇÃO DE *TRADE DRESS* 770

SILAS LIMA

O PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO GARANTIA MÍNIMA DO ACUSADO NO DEVIDO PROCESSO LEGAL 787

SILVIA MARQUES SÁ

RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA FASE PRÉCONTRATUAL 803

TAIANE LIMA DE CASTRO

O LIVRE DIREITO DE AMAR E DISPOR: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR IDADE..... 819

TATIANA DE SOUZA GOMES

IMPACTOS AMBIENTAIS CAUSADOS PELOS CEMITÉRIOS - COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL, AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL..... 836

THALYTA ELOAH ALVES SANTANA

SUCESÕES NA ERA DIGITAL: UM ESTUDO SOBRE O IMPACTO DAS REDES SOCIAIS E SEU POTENCIAL MONETIZADOR, INCLUSIVE *POST MORTEM* 853



VANESSA CANDIDA BAPTISTA

O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ATUAÇÃO DO COMBATE A PANDEMIA DO VÍRUS COVID-19 NO BRASIL 870

VICTÓRIA BARROS LAURÊDO

EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL – UMA ANÁLISE DOS LIMITES DA TUTELA LEGAL E JURISPRUDENCIAL CONTRA CRUELDADE EM PESQUISAS CIENTÍFICAS COM ANIMAIS NÃO HUMANOS 886

VICTÓRIA LEMES CARVALHO

INFANTICÍDIO INDÍGENA: O CONFLITO ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO DE PROTEÇÃO À CULTURA..... 900

VITOR DE MORAES CARRARA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS EM DECORRÊNCIA DA PUBLICIDADE DE PRODUTOS E SERVIÇOS 914

VÍTOR PEREIRA LELO NASCIMENTO

A LEI Nº 14.064/20 E O CRIME DE MAUS-TRATOS A CÃES E GATOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 929

VIVIAN RAINHA PACHECO

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE NA EXIGÊNCIA DE CONSENTIMENTO MARITAL PARA A INSERÇÃO DE DISPOSITIVO INTRAUTERINO EM MULHERES CASADAS 945

VIVIAN RIBEIRO DE OLIVEIRA

CONTROVÉRSIAS ACERCA DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES 961

VIVIANE PAPAIZIAN DE OLIVEIRA E SILVA

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL: A EXIGÊNCIA DA CONFISSÃO PREJUDICA O INVESTIGADO?..... 978

YASMIN RODRIGUES FARIA

SHARENTING: A SUPEREXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET E O ADVENTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS 993



A CONDIÇÃO DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS APÓS A DISSOLUÇÃO CONJUGAL NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Manoela Luna Saramago Machado

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado
de Capitais (IBMEC- Rio de Janeiro).
Advogada.

Resumo – Os animais estão cada vez mais presentes no nosso ambiente familiar e com isso assumiram uma posição importante em nossa sociedade de modo a se formar uma família multiespécie. Com isso vem também problemáticas tal qual o que deve acontecer com os animais domésticos em caso de dissolução conjugal. O presente trabalho expõe a situação atual dos animais domésticos em nosso ordenamento verificando o que ocorre com animais de estimação que compõe a família multiespécie quando há a dissolução conjugal. A partir disso será analisada decisões de tribunais acerca dessa guarda no caminho para fixar uma jurisprudência que reflita a realidade da sociedade atual.

Palavras-chave – Direito de Família. Dissolução conjugal. Família multiespécie. Guarda.

Sumário – Introdução. 1. A natureza jurídica dos animais no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A situação dos animais domésticos no caso de dissolução conjugal: Posse e guarda. 3. Decisões dos tribunais acerca da guarda compartilhada dos animais de estimação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A condição dos animais domésticos após a dissolução conjugal é um assunto que se mostra cada dia mais importante com o crescimento dos animais domésticos presentes em nossas casas e vidas e o ordenamento jurídico brasileiro ainda não está preparado para lidar com essas situações embora tenha tomado passos para se preparar.

Nos dias atuais o âmbito familiar tem sofrido constantes transformações com a integração cada vez maior de novos membros. Com isso houve o surgimento da família multiespécie. Com essa nova configuração familiar e com o crescimento do vínculo entre seres humanos e animais houve também o crescimento das demandas presentes no Judiciário que envolvem animais de estimação como ponto central. É vislumbrado, em especial, a presença de animais domésticos no Judiciário em processos de divórcio ou outro tipo de dissolução conjugal.

Enquanto os animais domésticos ainda são tratados pelo ordenamento jurídico como objetos, já há jurisprudências para ditar como devem ser tratados os animais no caso de dissolução conjugal, considerando-os como mais do que objetos. No entanto há muitos assuntos

ainda não muito analisados, tal qual a possibilidade da prestação de alimentos para animais domésticos ou como seria o funcionamento da visita.

Importante ressaltar que estão em tramitação no Congresso Nacional alguns projetos de Lei que ajudariam a trilhar um caminho para o tratamento desses animais domésticos tal qual o PL 542/18 e o PL 27/18, com o primeiro visando estabelecer normas para o compartilhamento da custódia de animais de estimação de propriedade comum e o segundo, que já foi aprovado no Senado, que cria o regime jurídico especial para os animais.

Não há, portanto, norma jurídica que dite como devem os juízes proceder em casos de dissolução conjugal quando há animais domésticos e há jurisprudência espalhada, porém, ela ainda não está uníssona. Com cada vez mais demandas relacionadas a isso há clara necessidade de alteração em âmbito legislativo, sendo primordial a adequação legal quanto às necessidades inerentes aos direitos dos proprietários dos animais e o bem estar dos próprios animais quando da eventual dissolução conjugal.

Para muitos os animais de estimação são verdadeiros integrantes da família havendo clara relação de afeto entre humano e animal, algo que torna o processo de separação mais complexo. No entanto esses animais domésticos, que tem adquirido tanta relevância na família multiespécie, ainda são considerados pela lei brasileira como objetos conforme art. 82 do Código Civil, o que inviabiliza acordo sobre, por exemplo, as visitas na disputa judicial. Essas particularidades da posição dos animais e como eles devem ser tratados quando há a dissolução conjugal serão assuntos examinados no presente trabalho de pesquisa.

No projeto está explicada qual é a posição atual dos animais domésticos em nosso ordenamento jurídico e mais especificamente como são tratados quando há a dissolução conjugal.

Ademais, se vai mais além se vendo como poderiam vir a ser tratados os animais com a consolidação da jurisprudência e a exploração do assunto, tal qual a possibilidade do pagamento por um dos ex cônjuges de alimentos e como vem funcionando a visitação ao animal após a dissolução conjugal.

No primeiro capítulo está exposta a situação atual dos animais domésticos no ordenamento jurídico pátrio como objeto, sendo feita uma análise também das mudanças legislativas que estão a caminho para a consolidação dos animais domésticos em lugar mais importantes no ordenamento jurídico para condizer com o seu lugar de relevância em nossa sociedade.

Após isso se verifica o que ocorre atualmente com animais domésticos quando há a dissolução conjugal. É feita uma análise se eles são tratados de fato como objetos, conforme



seu lugar atual em nosso ordenamento jurídico, ou se sua importância na sociedade já está causando o tratamento deles a ser equiparado ao de crianças quando há a dissolução conjugal.

Já o terceiro capítulo analisa as decisões dos tribunais acerca da guarda compartilhada dos animais buscando decisões que sigam o mesmo caminho na pretensão de consolidar uma jurisprudência uníssona sobre o assunto, assim como foram buscadas decisões que vão mais à frente no assunto, seja provendo o pagamento de alimentos ou lidando com o assunto da visita ao animal após a dissolução conjugal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo em que é traduzido um problema com proposições hipotéticas que o pesquisador julga mais adequado para a elaboração do projeto da pesquisa.

Dessa forma, a abordagem utilizada é qualitativa e histórica com base na análise de obras já publicadas sobre o tema, tal qual legislação, doutrina e jurisprudência para sustentar a tese. Além disso importante ressaltar que o objetivo é exploratório e os procedimentos serão bibliográficos.

1. A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No presente artigo, antes de se entender como os animais se dão no âmbito das relações familiares, é imprescindível a compreensão de como ocorre essa relação no âmbito jurídico.

Para tanto, inicialmente deve-se atentar para a necessidade de se superar a questão do antropocentrismo, que entende o homem de forma superior em relação ao animal, como uma forma de domínio. O referido modelo busca pela proteção ao meio ambiente pelo fato de preservá-lo para as gerações futuras e não por uma preocupação de fato.

A sensibilidade dos animais não é algo controverso, independentemente do status jurídico atribuído a eles, o fato de serem seres que possuem sentimentos, que sofrem com dores físicas ou abandono, ou que ficam felizes, faz com que seu tratamento não deva ser equiparado a mero objeto.

Justamente pelo fato de os animais sentirem e possuírem reações ou sentimentos, que merecem uma tutela específica e diferenciada pois as mesmas dores físicas, as mesmas alegrias e sentimentos que os humanos possuem, são sentidos por estes seres, a diferença consiste na impossibilidade que eles têm de lutar por sua própria proteção, por isso cabe ao homem resguardá-los de maneira eficiente.

Quanto à possibilidade dos animais se tornarem sujeitos de direito, há uma grande divergência doutrinária, pois há quem diga que são meramente objetos, enquanto há quem defenda que são sujeitos de direito.

Gary Fracione¹ afirma que “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”

Inicialmente, os animais sempre foram considerados como objetos nas relações jurídicas, havendo sempre a possibilidade de comprá-los, vendê-los e também os doar. Sendo assim sempre foram regulados pelo Código Civil como seres semoventes passíveis de direitos reais, fazendo com que os animais sejam basicamente bens.

Embora não seja mais a posição majoritária ainda permanece essa convicção acerca da natureza jurídica dos animais com base no argumento de que os direitos só podem ser aplicados a pessoas e, portanto, só as pessoas físicas ou jurídicas podem ser sujeitos de direito. Portanto, de acordo com o Código Civil de 2002, o animal possui status de coisa, regulados pelos artigos 82 e 1.228.²

Entretanto, vale salientar que os direitos da personalidade, devem ser compreendidos como direitos oriundos da natureza da pessoa como um ser vivo, desde o nascimento e com isso, a pessoa tem seus direitos inerentes a sua condição de indivíduo, e não apenas pessoa física com identidade civil.

A distinção, contudo, é útil à compreensão do instituto e sua funcionalidade. Homens e mulheres, portanto, são sujeitos de direitos humanos personificados; nascituros são sujeitos humanos despersonificados; fundações, sujeitos de direito não humanos personificados; massa falida, um não humano despersonificado e assim por diante.³

Ora, não há outra possível conclusão senão a de que os animais, embora não sejam pessoas físicas ou jurídicas, são indivíduos que de fato possuem direitos inerentes à sua condição. Isso se explica com o fato de que mesmo existindo uma relação de propriedade entre o homem e o animal, estes possuem legislação própria para que haja sua proteção.

¹ FRACIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas: Ed. Unicamp, 2013. p. 32

² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 19 mai. 2022.

³ LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 141.

Esses direitos estão previstos na nossa Constituição, nas Leis nº 9.605⁴ de 1998 e nº 5.197⁵ de 1967, fazendo com que a tutela dos animais seja garantida de maneira mais eficiente. Além disso há projetos de lei tal qual o PL 542/18⁶ e o PL 27/18⁷, com o primeiro visando estabelecer normas para o compartilhamento da custódia de animais de estimação de propriedade comum e o segundo, que já foi aprovado no Senado, que cria o regime jurídico especial para os animais. São inúmeros avanços legislativos que pretendem dar aos animais legalmente a importância jurídica que eles já têm em nossa sociedade.

Portanto, os animais já são reconhecidamente sujeitos de direito perante o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive frente à nossa Constituição, que junto com a Lei de Proteção Ambiental atribui diversos direitos subjetivos aos animais com a Carta Magna vedando expressamente a crueldade em seu art. 225. §1º, VII.⁸

O aparecimento dos animais domésticos está cada vez mais presente no âmbito familiar e há dados que comprovam esta afirmativa, como demonstra Mariana Chaves⁹ a seguir:

Em 1995, 55% dos norte-americanos consideravam-se “pais” dos seus bichos de estimação. Em 2001, 83% das pessoas se declaravam como “pai” ou “mãe” do seu animal de companhia. Em 2007, uma pesquisa da Associação Americana de Medicina Veterinária revelou que 70% dos norte-americanos consideram a ideia de ter o animal “como um filho/membro da família” fulcral para uma eventual posse ou “adoção”.

Os dados demonstram que a relação entre homem e animal evoluiu dado um contexto histórico, de modo que não se entende mais esse ser como um componente de seu patrimônio. Atualmente, a população está se inclinando cada vez mais para o tratamento do animal como um membro da família.

Por isso a tradicional percepção legal de animais de estimação como mera *res* não coincide mais com o sentimento social pós moderno e ao contrário do que entendem diversos doutrinadores que afirmam que o regramento atual é adequado para disciplinar uma disputa de posse de semovente, é certo que há a necessidade de uma nova realidade jurídica.

⁴ BRASIL. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 19 mai. 2022.

⁵ BRASIL. *Lei nº 5.197*, de 3 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15197.htm>. Acesso em: 19 mai. 2022.

⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 542*, de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135006>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

⁷ BRASIL. *Projeto de Lei nº 27*, de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2021

⁹ CHAVES, Mariana. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41414/disputa-de-guarda-de-animais-de-companhia-em-sede-de-divorcio-e-dissolucao-de-uniao-estavel>>. Acesso em: 12 out. 2021.

A relação afetiva que existe entre as famílias e os animais domésticos está cada vez mais notória, de modo que há muitos casais que por não desejarem ter filhos, optam por ter um animal doméstico e cuida-lo como se seu filho fosse. Há inclusive estudo feito que provou que pessoas estão começando a se importar mais com cachorros do que com outras pessoas.¹⁰

Deste modo, tendo em vista toda essa questão afetiva, cumpre ressaltar que não há meios de utilizar dos institutos que regulamentam a propriedade quando o assunto é referente a animais domésticos e torna-se viável uma solução com base no Direito das Famílias, utilizando analogicamente, a legislação referente à guarda de filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a vedação da abstenção de julgar um conflito pela ausência de legislação vigente.

Uma questão que surge perante esta situação no Brasil caso sejam competentes as varas de família para as demandas de divórcio, seria possível a aplicação da legislação do direito de família relativa à guarda de filhos em favor dos animais, a legislação referente à propriedade ou uma mistura entre ambas.

2. A SITUAÇÃO DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NO CASO DE DISSOLUÇÃO CONJUGAL: POSSE E GUARDA.

Sempre que se desfaz um casamento há questões a serem decididas tal como os bens que devem ser partilhados e o planejamento do futuro da prole. Quando há essa dissolução conjugal, as partes tem a oportunidade de entrar em consenso quanto a essas decisões que irão afetar seu futuro, porém, caso esse consenso não seja possível cabe ao magistrado julgar conforme o que prescreve a lei e as circunstâncias do casal assim como os impasses apresentados.

No passado, quando havia um conflito em uma dissolução conjugal que envolvia um animal de estimação, esse conflito era facilmente decidido, fazendo-se o uso da letra fria da lei, ou seja, aplicando-se o Código Civil e resolvendo o conflito com o uso da legislação referente aos objetos. Sendo assim o animal de estimação, considerado “bem”, ficaria com o cônjuge que provasse ser o seu real proprietário.

Atualmente, já se entende que os animais não são meros objetos, o que fez com que a maior parte da doutrina atribuísse a eles a classificação de seres sencientes. Posto isso, a maior

¹⁰ BATTAGLIA, Rafael. *Pessoas se importam mais com cães do que com outras pessoas, diz estudo*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/pessoas-se-importam-mais-com-caes-do-que-com-outras-pessoas-diz-estudo/>>. Acesso em: 14 out. 2021.

consequência desse atual entendimento é que não há mais respaldo na legislação quando se busca definir o que deve acontecer com esses animais quando da dissolução conjugal. A legislação existente não soluciona esse impasse, o que acaba fazendo com que não haja decisões uníssonas e muitas vezes os juízes acabam não decidindo de acordo com os melhores interesses do animal.

O projeto de lei nº 7196/10¹¹, que pretende legislar sobre a guarda dos animais, traz requisitos para que o juiz determine com quem deve ficar o animal de estimação quando há disputa, devendo esse magistrado levar em consideração as melhores condições para os animais, equiparando-se ao que ocorre quando há conflito quanto à guarda de filhos do casal.

No mesmo sentido há também o projeto de lei nº 1058/2011¹² que, seguindo os passos do anterior, traz a possibilidade de haver guarda do animal de estimação unilateral ou até compartilhada sendo levado sempre em consideração o caso concreto. Esses dois projetos de lei trazem ainda a possibilidade de haver a visitação pela parte que não será definida como a principal responsável pelos cuidados dos animais.

No entanto ambos projetos de lei encontram-se atualmente arquivados e ainda há uma ausência de legislação específica sobre o tema. Conseqüentemente, o que tem ocorrido no caso concreto é uma analogia referente ao tratamento que seria dado aos filhos do casal, que em casos assim são protegidos pela Constituição Federal e tem sua tutela definida no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Atualmente essas são as regras que devem ser observadas ao se enfrentar uma dissolução conjugal.

Além do exposto, cumpre ressaltar que a Constituição Federal traz o princípio da dignidade humana em seu art. 1º, inciso III, e pode-se relacionar tal princípio com a presente discussão. Tal vinculação advém da ligação direta entre essa dignidade da pessoa humana e o direito dos animais, algo que se tornou explícito com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 15 de outubro de 1978, aprovada pela UNESCO e pela ONU. Essa Declaração dita que o respeito dispensado pelos homens e mulheres aos animais está relacionado com o respeito entre eles próprios.¹³

¹¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.196*, de 28 de abril de 2010. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0n8ucx1k8059epsvd46y8pck43521914.node0?codteor=761274&filename=PL+7196/2010>. Acesso em: 20 fev. 2022.

¹² BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.058*, de 13 de abril de 2011. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>. Acesso em: 20 fev. 2022.

¹³ UNESCO. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*, de 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversalDosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2022.

Ao se tratar de crianças “os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole.”¹⁴ Ao analisar como deve ser deferida a guarda da criança, o juiz deve observar inúmeros fatores tal como a condição financeira das partes e a relação afetiva entre esses ex-cônjuges ou ex-companheiros e a criança. Sendo assim, deve-se buscar o mesmo ao decidir sobre a guarda dos animais de estimação.

No entanto, por haver uma lacuna legislativa sobre o assunto, os magistrados tem decidido única e exclusivamente com base em suas convicções, escolhendo se consideram os animais como “bem” ou se já estão considerando a “personificação” desses animais. Os magistrados atualmente podem aplicar o Código Civil no que disciplina o direito das coisas ou optar pela aplicação analógica do direito que trata dos litígios de família embora a grande maioria tem seguido a segunda opção.

Entende-se, atualmente, totalmente possível essa aplicação analógica do direito de família, visto que houve o surgimento da família multiespécie e há hoje em dia uma clara convivência íntima com os animais de estimação. Porém, animais de estimação não são seres humanos e eles tem suas próprias características e particularidades fazendo cada vez menos sentido essa aplicação analógica e genérica do direito de família. Essa se mostra como uma forma imediata de resolução dos conflitos, mas importante ressaltar que ela não supre a necessidade de uma legislação própria que regulamente o tema.

O instituto da guarda surge com a dissolução dos vínculos afetivos, porém não leva de maneira alguma à cisão dos deveres dos pais no que se relaciona aos filhos, visto que o poder familiar não deve ser afetado pela separação e os genitores não devem e não podem, a princípio, comprometer a convivência de seu ex-companheiro ou ex-cônjuge com a prole, podendo inclusive incorrer na alienação parental.

Quando se trata de uma criança, com a guarda compartilhada é assegurada a ambos os genitores a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres inerentes ao poder familiar, conforme se depreende do art. 1583 do Código Civil e seu parágrafo primeiro.¹⁵

A lei prioriza a guarda compartilhada no lugar da unilateral por entender que atende melhor aos interesses dos filhos. Utilizando-se a analogia, ao atribuir a guarda do animal de

¹⁴ BAPTISTA, Silvio Neves. *Guarda Compartilhada (Breves comentários aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados pela Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008)*. Recife: Bagaço, 2008.p.35

¹⁵ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.



estimação deve-se analisar o melhor interesse do animal harmonizando-o com o melhor interesse dos seus “pais”.

Ao definir a guarda compartilhada, a princípio, o tempo de convívio entre os pais e os filhos deve ser compartilhado da forma mais equânime possível, algo que se adequa perfeitamente ao se tratar de animais domésticos.

Ao se tratar de uma criança, em especial as ainda muito jovens, essas possuem necessidades complexas, que pela sua pouca idade ainda são incapazes de expressar. O mesmo ocorre com animais domésticos, que tem necessidades, porém não tem a habilidade de expressá-las. No entanto, diferente do que ocorre com crianças quando há a guarda compartilhada, os animais de estimação, a princípio, não sofrem qualquer problema sério em seu desenvolvimento derivado da constante alternância de lares, que é clássica da guarda compartilhada. Sendo assim, o próprio regime de guarda compartilhada adotado pelo código civil já se mostra perfeito para aplicação nas dissoluções conjugais que envolvem animais, visto que se entende que o mais importante para o bem estar do animal é principalmente o afeto.¹⁶

Mais uma vez fazendo-se uso da analogia é possível se estabelecer que quando se tratar da guarda compartilhada do animal doméstico, caso não haja consenso entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros ela será definida pelo juiz, que deve analisar o caso concreto e decidir visando o melhor interesse do animal.

Além disso, importante se analisar a questão do arbitramento de alimentos. Tal como quando há a dissolução conjugal e há prole nada impede que o juiz arbitre alimentos em favor do animal, caso entenda que esses são necessários para sua subsistência. Embora já haja casos assim no Brasil, isso é ainda mais comum nos Estados Unidos, aonde os direitos dos animais quando há a dissolução conjugal estão muito mais avançados.

Entende-se, portanto, que o Brasil tem se movimentado para suprir as lacunas legislativas sobre o assunto por meio da analogia já tendo em grande parte afastado a ideia de propriedade única e simplesmente, levando-se em consideração as peculiaridades que essa relação possui. No entanto entende-se que atualmente isso ainda não é suficiente devendo haver a elaboração de uma legislação específica que considere as características particulares dos animais de estimação quando se tratar de dissolução conjugal.

¹⁶ CHAVES, Mariana. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41414/disputa-de-guarda-de-animais-de-companhia-em-sede-de-divorcio-e-dissolucao-de-uniao-estavel>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

3. DECISÕES DOS TRIBUNAIS ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Não há atualmente legislação específica que regulamente a disputa de guarda dos animais domésticos quando há a dissolução da sociedade conjugal. Porém, visto que se trata de um conflito cada vez mais comum no judiciário, os magistrados vêm utilizando determinadas formas de resolução quando estão diante de casos concretos considerando a analogia e os princípios gerais do direito.

Diversos tribunais já vêm abandonando a perspectiva que reinava anteriormente de que animais domésticos seriam bens móveis, movendo o entendimento para um tratamento desses animais como seres sencientes. Para isso vem sendo utilizado o princípio da dignidade da pessoa humana, levando o julgador a propor uma solução mais razoável à questão e a buscar o melhor interesse do animal em questão.

No tribunal de Minas Gerais, em 2014, houve uma decisão histórica na segunda turma, em que foi concedida a guarda permanente de dois papagaios a um casal que os mantinha em convívio doméstico há mais de duas décadas. O entendimento foi no sentido de que os animais não conseguiriam se reabilitar ao meio ambiente por terem vivido por tempo elevado em ambiente doméstico, conforme ementa abaixo:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME AMBIENTAL. GUARDA PERMANENTE DE DOIS PAPAGAIOS- BOIADEIROS. COMPETENCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AVES MANTIDAS EM CONVIVIO DOMÉSTICO HÁ MAIS DE DUAS DECADAS. IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO À NATUREZA. RISCO DE MORTE. PRINCIPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. DECISÃO MANTIDA.¹⁷

O tribunal de São Paulo também foi um dos precursores no país a tratar sobre o tema. Em uma decisão revolucionária até então, a 10ª Câmara de Direito Privado decidiu no sentido de autorizar que houvesse a guarda alternada de animal doméstico.

Essa decisão ocorreu em um processo de separação judicial de um casal e foi entendido que ambos teriam o direito de estar com o animal de maneira alternada, tal como é feito quando há a guarda alternada de uma criança. Nesse caso, o relator baseou sua decisão na doutrina moderna, que já não vislumbra os animais como meros bens, os considerando sujeitos de direito

¹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas. *MS nº 10000130645245000 MG*. Relator: Renato Martins Jacob. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=3977AE45D240F13D9A77E9D987DB1916.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.13.064524-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar.> Acesso em: 10 mar. 2022



que devem gozar de alguma personalidade jurídica, mesmo que não equiparados a seres humanos.

GUARDA E VISITAS DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. O animal em disputa pelas partes não pode ser considerado como coisa, objeto de partilha, e ser relegado a uma decisão que divide entre as partes o patrimônio comum. Como senciente, afastado da convivência que estabeleceu, deve merecer igual e adequada consideração e nessa linha entendo deve ser reconhecido o direito da agravante, desde logo, de ter o animal em sua companhia com a atribuição da guarda alternada. O acolhimento da sua pretensão atende aos interesses essencialmente da agravante, mas tutela, também, de forma reflexa, os interesses dignos de consideração do próprio animal. Na separação ou divórcio deve ser regulamentada a guarda e visita dos animais em litígio. Recurso provido para conceder à agravante a guarda alternada até que ocorra decisão sobre a sua guarda.¹⁸

Em seu voto, o relator entendeu que era necessário que fosse superado o antropocentrismo, reconhecendo-se que os princípios de igualdade e justiça devem se aplicar a todos os seres vivos. Entendeu ele que não é coerente que os animais domésticos envolvidos nessa relação sejam tratados como algo a ser partilhado quando houver a partilha de bens dos agora ex-cônjuges. Sendo reconhecida a senciência dos animais deve ser levada em consideração toda sua trajetória com o casal, assim como a convivência que teve com ambos os cônjuges para que o conflito possa ser solucionado da melhor forma.

Essa decisão do Tribunal do Estado de São Paulo foi um gigante avanço com relação ao tema e nela foi levado em consideração em primeiro lugar o melhor interesse do animal, assim como a sua dignidade, buscando paralelamente o que é mais benéfico e cômodo para todos os envolvidos. Além disso foi uma importante decisão para os que lutam para que haja uma alteração do status jurídico do animal.

Algo que também trouxe divergência por se tratar de um assunto muito novo foi qual seria a competência para julgar essas ações envolvendo a guarda de animais domésticos, conforme abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de “posse compartilhada e regime de visitas” de cão de estimação do casal, por entender o MM. Juiz singular que o Juízo da Família e Sucessões não é competente, pois a questão é cível. Competência para julgar o pedido que é do juízo da 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central, em que se discute o reconhecimento e dissolução de união estável. Recurso a que se dá provimento.¹⁹

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento Voto 20.626*. Relator: Carlos Alberto Garbi. Disponível em: < <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=69099>.> Acesso em: 10 mar. 2022

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2052114-52.20188.26.0000*. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>.> Acesso em: 11 mar. 2022

O magistrado de primeiro grau havia entendido que a competência deveria ser da vara cível no caso, considerando o animal mais como um bem jurídico do que como um ser senciente. Todavia no julgamento o relator entendeu que há de fato uma lacuna legislativa, visto que a lei não prevê como resolver esses conflitos quando o animal é adquirido com a função de proporcionar afeto e não riqueza patrimonial. Entendeu também que há uma grande semelhança entre a disputa pelo animal de estimação após a dissolução conjugal e o conflito pela guarda de uma criança e visto que a ação de dissolução de união estável estava em trâmite na vara de família e sucessões é deste juízo a competência para o julgamento da ação de posse compartilhada e visitação do animal.

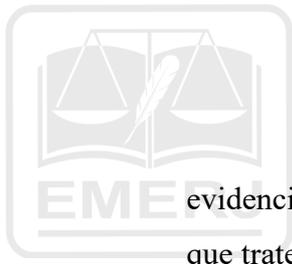
Cada vez se mostram mais comuns casos que envolvam o que deve ocorrer com animais domésticos quando há a separação conjugal sendo uma área do direito que está em constante evolução. É muito comum que quando há a dissolução conjugal seja definida uma pensão a ser paga pelo genitor que não vai ficar responsável pelos cuidados primários da criança para o genitor que será o responsável pelos cuidados do dia a dia e não tem sido diferente quando se trata de animais domésticos.

Ainda em 2018 foi noticiado um caso em que após uma dissolução conjugal o marido foi condenado a pagar mensalmente um valor a título de pensão para seus cachorros que ficaram sob a guarda primária de sua agora ex-esposa.²⁰ Uma coisa que anteriormente poderia parecer muito incomum está se tornando cada vez mais constante com cada vez mais magistrados fixando pensões a serem pagas para o custeio dos animais domésticos após uma dissolução conjugal. No mesmo caminho há o caso de 2021 em que um marido foi condenado a pagar mais de mil reais de pensão mensal sendo arbitrado o valor de cento e cinquenta reais para cada um de seus cachorros e gatos.²¹

A maior parte das decisões atualmente buscam levar em consideração o melhor interesse do animal assim como a dignidade da pessoa humana, relacionando tudo isso à relação de extremo amor e cuidado que se tem entre os animais domésticos e seus tutores hoje em dia. Tais decisões tem possibilitado que ambas as partes obtenham a guarda de maneira equânime, o que é considerado o mais justo e no melhor interesse dos envolvidos. Resta, portanto,

²⁰ FUCCIA, Eduardo Velozo. *Após divórcio, ex-marido é condenado a pagar auxílio a cinco cães e um gato*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-dez-14/divorcio-ex-marido-pagar-pensao-caes-gato>> Acesso em: 7 mar. 2022

²¹ NÓBREGA, Bárbara. *Homem é obrigado pela justiça a pagar pensão a animais de estimação*. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/rio/homem-obrigado-pela-justica-pagar-pensao-para-animais-de-estimacao-22608092>> Acesso em: 7 mar. 2022



evidenciado na grande maioria dos julgados a extrema necessidade de uma legislação específica que trate sobre o tema.

CONCLUSÃO

A convivência entre humanos e animais sofreu muitas alterações de modo que os animais domésticos fazem parte das famílias contemporâneas e os laços afetivos se tornam cada vez mais fortes. Infelizmente, a legislação não tem conseguido acompanhar essa posição de importância dos animais domésticos, pois essa relação ainda não tem um verdadeiro respaldo legal.

Isso, no entanto já mudou quanto à doutrina que vem percebendo que não faz mais sentido os animais serem tratados como meros objetos com essa percepção se estendendo também ao judiciário que vem atribuindo a esses animais domésticos uma proteção mais digna, o que faz mais sentido.

Essa relação com os animais domésticos tem se assemelhado com a relação com os filhos e, portanto, a jurisprudência e a doutrina têm se movimentado no sentido de aplicar aos animais domésticos em casos de dissolução conjugal o direito como aplicaria a crianças. Os magistrados vêm fazendo uso da analogia, porém levando em consideração as diferenças entre ambos. Tal solução tem funcionado e tem sido aceita, mas ainda assim o judiciário entende que há uma grave necessidade de uma legislação específica.

Entende-se que de nada adianta os animais ultrapassarem a noção de seres bens para serem considerados seres sencientes se perante o direito eles ainda tem um tratamento tal qual o de coisas. Isso não é suficientemente suprido pela aplicação analógica do direito da família, pois isso abre espaço para decisões divergentes que mudam de magistrado a magistrado dependendo muito da opinião e visão deles afetando assim o princípio da segurança jurídica.

Portanto caso a legislação venha a ser criada deve tratar da proteção do animal garantindo um maior cuidado e atendendo as especificidades e peculiaridades desses seres e da relação que formam com seus tutores. É importante que essa relação entre pessoas e animais, membros de uma família multiespécie, seja tutelada pelo direito de maneira coerente, detalhada e completa havendo um afastamento da ideia de propriedade pura e simples e se movendo a uma relação mais próxima a de crianças e seus pais, mas levando em consideração todas as diferenças entre as relações e se aproximando de uma solução que seja ideal para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Silvio Neves. *Guarda Compartilhada (Breves comentários aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados pela Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008)*. Recife: Bagaço, 2008.

BATTAGLIA, Rafael. *Pessoas se importam mais com cães do que com outras pessoas, diz estudo*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/pessoas-se-importam-mais-com-caes-do-que-com-outras-pessoas-diz-estudo/>>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 1 set. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 3 set. 2021.

_____. *Lei n° 5.197, de 3 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15197.htm>. Acesso em: 19 mai. 2022.

_____. *Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 19 mai. 2022.

_____. *Projeto de Lei n° 542, de 2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135006>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

_____. *Projeto de Lei n° 27, de 2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

_____. *Projeto de Lei n° 7.196, de 28 de abril de 2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0n8ucx1k8059epsvd46y8pck43521914.node0?codteor=761274&filename=PL+7196/2010>. Acesso em: 20 fev. 2022.

_____. *Projeto de Lei n° 1.058, de 13 de abril de 2011*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>. Acesso em: 20 fev. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas. *MS n° 10000130645245000 MG*. Relator: Renato Martins Jacob. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3977AE45D240F13D9A77E9D987DB1916.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.13.064524-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar.>> Acesso em: 10 mar. 2022

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento Voto 20.626*. Relator: Carlos Alberto Garbi. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=69099>>. Acesso em: 10 mar. 2022

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2052114-52.20188.26.0000*. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>> Acesso em: 11 mar. 2022

_____. Tribunal de Justiça (Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2207443-23.2019.8.26.0000*. Guarda de animais de estimação. Decisão que revogou a compartilhada liminarmente deferida. Recuso provido. Relator: Des. J.B. Paula Lima, 29 jan. 2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894456431/agravo-de-instrumento-ai-22074432320198260000-sp-2207443-2320198260000>> Acesso em: 20 set. 2021.

CHAVES, Mariana. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41414/disputa-de-guarda-de-animais-de-companhia-em-sede-de-divorcio-e-dissolucao-de-uniao-estavel>>. Acesso em: 12 out. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 6 ed. Juspodivm, 2019

FRACIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas: Ed. Unicamp, 2013

FUCCIA, Eduardo Velozo. *Após divórcio, ex-marido é condenado a pagar auxílio a cinco cães e um gato*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-14/divorcio-ex-marido-pagar-pensao-caes-gato>> Acesso em: 7 mar. 2022

IBDFAM. *A tutela dos animais de estimação nos casos de divórcio e dissolução da união estável em face da regulamentação brasileira*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1707/A+tutela+dos+animais+de+estima%C3%A7%C3%A3o+nos+casos+de+div%C3%B3rcio+e+dissolu%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+em+face+da+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+brasileira>> Acesso em: 19 set. 2021.

_____. *Não é coisa*: projeto de lei reconhece que animais têm sentimentos. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/nao-e-coisa-projeto-de-lei-reconhece-que-animais-tem-sentimentos/>> Acesso em: 17 set. 2021.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

MARQUES, Margareth Dias. *O direito de família e a guarda dos animais de estimação*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/343640/o-direito-de-familia-e-a-guarda-dos-animais-de-estimacao>> Acesso em: 15 set. 2021.

NÓBREGA, Bárbara. *Homem é obrigado pela justiça a pagar pensão a animais de estimação*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/homem-obrigado-pela-justica-pagar-pensao-para-animais-de-estimacao-22608092>> Acesso em: 7 mar. 2022

SANCHES, Michelle. *Guarda compartilhada de animais no divórcio*. Disponível em: <https://misanches.jusbrasil.com.br/artigos/221509530/guarda-compartilhada-deanimais-no-divorcio>. Acesso em: 19 set. 2021.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 10 ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2020.

UNESCO. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*, de 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2022.

DA POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL A CONCESSIONÁRIAS E PERMISSONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Marcelo Brito da Costa Honorato Santos

Graduado pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Advogado.

Resumo – a aplicação do instituto da recuperação judicial às delegatárias de serviços públicos carece de maior aprofundamento ante as especificidades que envolvem esses contratos administrativos, sobretudo a aparente colisão entre o interesse público e a busca do lucro. Nesse sentido, visa-se à verificação da compatibilidade de tal instituto empresarial com a crise econômico-financeira de concessionárias de serviço público. Além disso, o novo marco regulatório das concessões pretende tornar defesa a recuperação judicial a todos os exploradores de tal atividade econômica. Dessa forma, busca-se problematizar os reflexos econômicos e jurídicos desse projeto de lei às delegações de serviços públicos.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Recuperação Judicial. Concessão de Serviços Públicos.

Sumário – Introdução. 1. A inexistência de vedação na Lei nº 11.101/05 e a proibição da recuperação judicial para concessionárias de energia elétrica (Lei nº 12.767/12). 2. O confronto entre o plano de recuperação judicial e as obrigações decorrentes do contrato administrativo. 3. O Projeto de Lei nº 7.063/2017 e os reflexos da extensão da referida proibição a todas as concessões e permissões. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a possibilidade de deferimento da recuperação judicial a concessionárias e permissionárias de serviços público. Procura-se demonstrar a compatibilidade e os reflexos mútuos entre os meios de recuperação e as obrigações atinentes ao contrato administrativo.

A partir da Constituição de 1988 e dos programas de desestatização lançados, sobretudo, a partir de 1990, possibilita-se à iniciativa privada a prestação de serviços públicos, sob o regime de concessões e permissões, tal como disposto na Lei nº 9.897/95. A referida lei estabelece disposições sobre o contrato administrativo, os direitos e as obrigações das partes envolvidas (poder concedente, concessionária, agência reguladora e usuários), dentre os quais se pode destacar a prestação de um serviço adequado.

Essas atividades, tais como qualquer outra, estão sujeitas a vicissitudes que ensejam crises econômico-financeiras. Em razão disso, nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05, o instituto da recuperação judicial tem como objetivo viabilizar a superação das adversidades e, por consequência, promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O tema do presente trabalho encontra-se na interseção entre os dois recortes. Trata-se da possibilidade de que, diante de um cenário de crise, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos pleiteiem a recuperação judicial. Embora não haja proibição na Lei de Recuperação Judicial, a Lei nº 12.767/12 tornou defeso o deferimento do instituto àquelas que explorem o serviço público de energia elétrica.

Nesse sentido, analisa-se a compatibilidade entre o plano de recuperação judicial, mormente os meios por intermédio dos quais ele é executado, com os regramentos específicos atinentes aos contratos administrativos. Isso porque há potencial conflito entre a ingerência do Poder Concedente, no papel de regulador, e os interesses dos demais credores, que não se relacionam com a prestação de um serviço adequado.

Soma-se a isso o Projeto de Lei nº 7063/2017, em trâmite na Câmara dos Deputados, que pretende estender a proibição mencionada a todas as delegações de serviços públicos. Dessa forma, é importante problematizar eventuais implicações nas situações em que a concessionária ou permissionária encontrem-se em crise, principalmente no que tange ao tratamento a ser dispensado na tentativa de soerguimento da atividade econômica.

O cenário pandêmico influenciou grandemente o equilíbrio econômico-financeiros dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, sobretudo aqueles do ramo de transporte, nos quais a demanda de passageiros atinge diretamente a saúde financeira dos agentes privados. Dessa forma, investigam-se as possibilidades de aplicação do instituto aos contratos administrativos na tentativa de imprimir segurança jurídica aos investimentos vultosos que afetam tanto a iniciativa privada como o ente concedente.

Nesse viés, no primeiro capítulo, analisa-se a inexistência de vedação legal ao deferimento da recuperação judicial às delegatárias de serviços públicos. Além disso, compreende-se a razão que motivou a edição da Lei nº 12.767/12, a qual exclui as prestadoras de serviço público de energia elétrica do âmbito de incidência da Lei de Recuperação Judicial.

No segundo capítulo, demonstra-se que os meios de recuperação judicial devem ser interpretados à luz da necessidade da prestação adequada do serviço público. Ademais, adotam-se os princípios da legalidade e da proporcionalidade como vetores a serem analisados pelo juízo da recuperação judicial em caso de ingerência do poder concedente.

Por fim, no terceiro capítulo, pesquisa-se o Projeto de Lei nº 7.603/2017, o qual pretende tornar defeso o deferimento de recuperação judicial a concessionárias e permissionárias de todos os setores de serviços públicos. Apresentam-se, ainda, possíveis reflexos sobre o regime delegatário de prestação de serviço público, previsto na Constituição Federal, sobretudo quanto ao potencial desestímulo aos agentes econômicos.

A pesquisa estrutura-se pelo método hipotético-dedutivo, porquanto, a partir do escrutínio argumentativo de um conjunto de hipóteses sobre o tema delimitado, alcançam-se conclusões sobre a validade ou não dessas suposições. Para tanto, a abordagem do objeto é qualitativa, com viés descritivo-explicativo, alcançada por intermédio de revisão bibliográfica, consistente no levantamento e fichamento de doutrina e julgados relevantes sobre o tema.

1. A INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO NA LEI Nº 11.101/05 E A PROIBIÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA (LEI Nº 12.767/12)

Em razão do escopo do presente trabalho, não se intenciona adentrar às minúcias do instituto da recuperação judicial. Entretanto, faz-se necessário o estabelecimento de alguns conceitos e requisitos, conforme exposto abaixo.

A Lei nº 11.101/05¹, também conhecida como Lei de Recuperação Judicial e Falências, previu, em seu art. 2º, as pessoas jurídicas e as instituições que restaram ausentes do seu âmbito de aplicação. Dessa forma, observa-se que, dentre outras, não podem falir ou requerer a recuperação judicial as empresas públicas, sociedades de economia mista e instituições.

Por sua vez, o art. 48 da referida lei estabelece os requisitos cumulativos para que um devedor tenha legitimidade para requerer sua recuperação. Nesse sentido, destacam-se os seguintes: exercer regularmente a empresa há, no mínimo, dois anos; não ser falido ou ter as responsabilidades advindas da falência declaradas extintas por sentença transitada em julgado; e não lhe ter sido concedida a recuperação judicial nos últimos cinco anos.

Com essa razão, André Saddy² afirma:

[...] assim, cumpridos os requisitos e o disposto no art. 48, poderá a concessionária de serviço público solicitar a recuperação judicial. Dessa forma, entende-se o silêncio da Lei nº 11.101/2005 ao tratar da possibilidade de concessão da recuperação judicial à sociedade empresária concessionária de serviço público. Utilizando-se do princípio da legalidade, pode-se entender que não está ela proibida; por conseguinte, tem a permissão de solicitar a recuperação como qualquer outra sociedade empresária.

¹ BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

² SADDY, André. Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária: o caso do setor elétrico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 50, nº 198, p. 31-55, abr./jun. 2013.

Verifica-se, dessa maneira, que a Lei de Recuperação Judicial e Falências não traz qualquer vedação em seu bojo. Na verdade, as alterações implementadas nela pela Lei nº 14.112/20³ indicam sentido diverso. Isso porque houve a inclusão do art. 20-B, o qual, expressamente, admite conciliação e mediação no processo de recuperação judicial, sendo certo, ainda, que o inciso II desse dispositivo destaca a sua incidência “[...] em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais”.

Igual conclusão exsurge da análise da Lei nº 8.987/95⁴ e da Lei nº 11.079/04⁵, pois não há nelas qualquer dispositivo que tenha tornado defeso o deferimento da recuperação judicial às delegatárias de serviços públicos que, eventualmente, sofram crise econômico-financeira. De fato, sequer há menção a tal instituto ou à concordata⁶.

Corroborar o pensamento ora esposado o fato de que, embora as concessionárias e permissionárias explorem a prestação de um serviço público, elas são pessoas jurídicas imersas no âmbito da livre iniciativa (art. 170, cabeça, da Constituição Federal⁷) e na procura do lucro⁸. Assim, diante da inexistência de proibição legal, impedir que devedores economicamente viáveis persigam sua recuperação contraria o princípio da função social da empresa e se consubstancia em tratamento não isonômico, colocando em desvantagem aqueles que se dedicam, por meio de regime de concessão ou permissão, à atividade mencionada.

Nada obstante, a Lei nº 12.767/12⁹, fruto da conversão da Medida Provisória nº 577/12¹⁰, previu, em seu art. 18¹¹, a não aplicação dos institutos de recuperação judicial e

³ BRASIL. *Lei nº 14.112/20*, de 24 de dezembro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁴ BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁵ BRASIL. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁶ Quando da elaboração da Lei 8.987/95, vigia o Decreto-Lei nº 7.771/45, o qual trazia as concordatas preventiva e suspensiva visando à solução das crises empresariais.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁸ Nesse sentido, transcreve-se o seguinte excerto da obra de Eros Roberto Grau: Em terceiro lugar, do exame do mesmo art. 175 apura-se que a concessão, tal qual a permissão, na medida em que assegurado ao concessionário o equilíbrio econômico-financeiro da relação — o que deflui do inciso III do seu parágrafo único —, é exercida, pelas pessoas privadas concessionárias, tendo em vista a realização de lucro. Não fora assim, de resto, e nenhuma razão conduziria empresas privadas a aderir à situação de concessionária de serviço público. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 143.

⁹ BRASIL. *Lei nº 12.767*, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12767.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁰ BRASIL. *Medida Provisória nº 577*, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/577.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

¹¹ Art. 18. Não se aplicam às concessionárias de serviços públicos de energia elétrica os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, salvo posteriormente à extinção da concessão.

extrajudicial às concessionárias de serviços públicos de energia elétrica. Em que pese essa medida provisória tenha sido editada para solucionar uma crise específica do setor ocorrida no estado do Pará, esse trabalho não se imiscuirá nesse mérito, recomendando-se a leitura da monografia de Luiza Seijas Uzal¹².

Entretanto, faz-se a análise, de forma generalizante, dos motivos que ensejaram esse novo tratamento legal. Para tanto, socorre-se da Mensagem nº 386/12¹³, enviada ao Congresso Nacional por Dilma Rousseff e o Parecer nº 38/2012¹⁴, da Comissão Mista do Congresso Nacional. Os dois documentos referem-se à medida provisória mencionada e encaminhada pela chefe do Poder Executivo federal à época.

Na citada mensagem, registrou-se que diante das especificidades do setor elétrico seria mais adequado que a recuperação das delegatárias desse sob o regime de intervenção do Poder Concedente e da agência reguladora com atribuição. Por sua vez, o senador Romero Jucá, relator do parecer aludido, asseverou que a judicialização do tema prejudicava o controle regulatório e que o concurso de credores privilegiava a satisfação de créditos privados em detrimento da prestação do serviço público, fatos que iam de encontro ao princípio da supremacia do interesse público.

Observa-se, portanto, que os pontos chaves para compreender a proibição da recuperação judicial às delegatárias desse setor relacionam-se à essencialidade da prestação desse serviço público; ao conflito entre o interesse público e o privado; e à interferência do juízo da recuperação judicial na atividade típica da agência reguladora. Em arremate, colaciona-se, novamente, trecho da lição de André Saddy¹⁵:

[...] o objetivo do disposto na referida MP, contudo, foi o de afastar os regimes de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias do serviço público de energia elétrica, dada a especificidade e a essencialidade da prestação desse serviço, salvo após a extinção da concessão ou permissão (art. 17). Segundo a exposição de motivos, entende-se como mais adequado às especificidades dessas concessões e permissões que essa recuperação se dê sob o regime da intervenção desse

¹² UZAL, Luiza Seijas. *A recuperação judicial de empresas concessionárias de serviços públicos*. 2018. 47 f. Trabalho monográfico (Pós-graduação em Direito). Insper - Instituto de Educação e Pesquisa, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1942/LUIZA%20SEIJAS%20UZAL_Trabalho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 31 ago. 2021.

¹³ BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 386/12*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0rs2oei32di1y1e9oyji5ddg4m280979.node0?codteor=1045713&filename=Tramitacao-MSC+386/2012+%3D%3E+MPV+577/2012>. Acesso em: 03 out. 2021.

¹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer nº 38/12*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1045720&filename=PAR+38+MPV57712+%3D%3E+MPV+577/2012>. Acesso em: 03 out. 2021.

¹⁵ SADDY, op. cit.

modo; buscou-se robustecer o instrumento da intervenção de modo a assegurar também, durante esse processo, a continuidade da apropriada prestação dos serviços.

Ultrapassada a discussão sobre a inexistência de vedação à concessão da recuperação judicial às delegatárias de serviços públicos, passa-se ao exame do conflito possível entre os meios previstos no art. 50 da Lei de Falências e Recuperação Judicial e determinadas obrigações das concessionárias e das delegatárias.

2. O CONFRONTO ENTRE AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O presente capítulo pode ser dividido em três subtemas, quais sejam, as obrigações e peculiaridades do contrato administrativo de concessão de serviço público; os meios disponíveis ao devedor para que este persiga a concessão da recuperação judicial; e, por fim, a apresentação de caso concreto em que se verificou o conflito entre a preservação da empresa e a prestação adequada da atividade concedida.

Conforme mencionado anteriormente, um dos pressupostos da concessão ou da permissão é a prestação de um serviço público adequado. O art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/95¹⁶ define serviço adequado como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Para além dessa premissa, a lei mencionada traz outras disposições sobre os direitos e deveres dos usuários, os encargos do poder concedente e da concessionária, as quais, conforme dispõe o art. 23, são cláusulas essenciais do contrato de concessão¹⁷.

Segundo Carvalho Filho¹⁸, a doutrina reconhece a existência de dois gêneros de cláusulas nesse tipo contratual: as regulamentares e as financeiras. Enquanto aquelas estariam sujeitas a uma maior mutabilidade, podendo ser moldadas de acordo com alterações da realidade fática – surgimento de novas tecnologias, por exemplo -, estas estariam resguardadas pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Em outras palavras: por um lado, as cláusulas relativas à prestação do serviço público poderiam sofrer influxos técnico-regulatórios

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁷ Segundo Alexandre Aragão: “É o instrumento que define o serviço concedido, delimita a sua área, determina a forma e o tempo da sua exploração e estabelece os direitos e obrigações das partes e dos usuários do serviço”. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, [e-book].

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 405-406.

e, por outro, o balanço econômico-financeiro deveria manter-se estável, alterando-se, se necessário, disposições contratuais.

Conforme aduzem Sérgio Guerra e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio¹⁹, a importância da manutenção da saúde financeira da concessão não se refere apenas ao interesse do concessionário, mas, sobretudo, a regularidade do serviço e, por consequência, aos usuários dele. Embora a Lei nº 8.987/95²⁰ preveja apenas a revisão tarifária²¹ como mecanismo para compor eventuais desequilíbrios, é pacífico na doutrina a possibilidade de utilização de qualquer medida não proibida²².

Do exposto até o momento, é possível inferir que, embora exista o interesse econômico da concessionária na atividade exercida, o fim da delegação de serviços públicos é a prestação adequada destes aos usuários. Ocorre que nem sempre as medidas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mostram-se capazes de solucionar a crise enfrentada por uma atividade econômica, a qual passa a possuir obrigações não cumpridas tanto com o poder concedente quanto com os demais credores. Nesse cenário, garante-se ao empresário ou à sociedade empresária, observados os requisitos anteriormente especificados, a possibilidade de requerer ao judiciário o processamento da recuperação judicial.

Para tanto, os artigos 51 e 51-A da Lei nº 11.101/05²³ trazem o procedimento a ser respeitado pelo devedor, enquanto o artigo 52 define o papel do juiz, o qual, diante da higidez da documentação apresentada, deferirá o processamento do instituto em tela. Para o intuito deste trabalho, mostra-se importante o exame do art. 53 da referida lei, especialmente o inciso I. Segundo esse dispositivo, após a decisão acima referenciada, o recuperando deverá apresentar

¹⁹ GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Concessões de serviços públicos e o tempo: aspectos relevantes sobre o impacto da variável ‘prazo’ para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. In: BARBOSA, Fernando de Holanda; _____. *Equilíbrio financeiro em projetos de infraestrutura e a TIR flexível*. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2019, p. 32.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

²¹ Nesse sentido, colaciona-se a redação do art. 9º, §2º, da Lei nº 8.987/95: Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

²² Por todos, traz-se a lição de André Martins Bogossian: “Isso não significa a imposição apenas de um meio de revisão tarifária; muito pelo contrário, o ordenamento jurídico não impõe alternativa determinada como a solução obrigatória a ser sempre seguida. A disciplina será realizada no âmbito do próprio contrato, mas, embora muitos contratos apresentem uma lista exemplificativa dos meios de reequilíbrio, alguns simplesmente são omissos a esse respeito. Desse modo, entende-se que é possível empregar quaisquer formas admitidas em Direito, e algumas são frequentemente utilizadas para além da revisão tarifária, como, por exemplo, extensão de prazo, redução ou reprogramação de investimentos, pagamento direto pelo Poder Concedente ou abatimento de eventual pagamento de outorga, ou até mesmo a redução do nível de serviço”. BOGOSSIAN, André Martins. Contratos de concessão e PPP irreequilibráveis: um problema subnotificado antes da pandemia. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente de. *Transformações do Direito Administrativo: Direito público e regulação em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020, p. 112.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

em até 60 (sessenta) dias, sob pena de convolação em falência, a “discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo”.

Essa norma traz um rol com dezoito incisos²⁴, nos quais são enumerados, de forma exemplificativa, instrumentos utilizáveis pelo devedor. Com o intuito de aclarar essa disposição, colaciona-se lição exposta por Hoanes Koutoudijan Filho²⁵:

[...] as sugestões legalmente trazidas pelo artigo transcrito podem ser cumulativas e não se excluem, à medida que o empresário se veja na necessidade de utilizar quaisquer desses meios combinada para a superação de seu estado de insolvência. Geralmente são aplicadas mais de uma das hipóteses previstas no artigo em questão, tendo em vista a complexidade de um processo de recuperação judicial, especialmente no que tange aos prazos para os pagamentos previstos no plano de recuperação judicial que dependerá da aprovação dos credores, portanto, a eles deve agradar.

Nesse contexto, visualiza-se a possibilidade de que alguns dos meios previstos no plano de recuperação judicial interfiram na relação existente entre poder concedente e concessionária. A título de exemplo, colacionam-se os seguintes dispositivos da Lei nº 11.101/05²⁶:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:
I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
[...]
XI – venda parcial dos bens;
[...]

No que tange ao inciso primeiro, verifica-se a possibilidade de conflito entre a concessão de prazos e condições para adimplemento de obrigações diferentes daqueles previstos originalmente no contrato de concessão, uma vez que este poder prever a obrigação de a concessionária construir determinada infraestrutura ou pagar quantia relativa à outorga. Em relação ao inciso onze, o qual autoriza a venda parcial dos bens pertencentes ao recuperando, é imprescindível que os objetos da alienação não estejam afetados a prestação do serviço público²⁷.

²⁴ Considerando a extensão do rol, apenas serão trazidos ao texto aqueles que denotam a possibilidade de interferência nos contratos administrativos.

²⁵ KOUTOUDIJEAN FILHO, Hoanes. Meios de recuperação da empresa – dilação, flexibilização, reestruturação, constituição de sociedade de credores, renegociação, dação em pagamento, usufruto, administração compartilhada, emissão de valores, dentre outros. In: COSTA, Daniel Carnio. *Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2015, p. 99-100.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷ Nesse sentido, Alexandre Aragão destaca: “Poder-se-ia dizer que, durante a concessão, são propriedade privada sujeita a uma série de ônus reais (inalienabilidade, impenhorabilidade e destinação predeterminada) e à condição

A título de ilustração dessa interpenetração entre o juízo recuperacional e a ingerência do poder concedente sobre a atividade prestada, traz-se à luz situação analisada por Alexandre Aragão no parecer nº 39/2021²⁸, exarado no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. No processo de recuperação judicial de uma delegatária de serviço público de transporte rodoviário de passageiros, o juízo recuperacional autorizou a alienação da posição na permissão de oito linhas intermunicipais, as quais foram consideradas como uma unidade produtiva isolada. Ocorre que, segundo a legislação fluminense, precisamente o parágrafo único do art. 18 do Decreto Estadual nº 3.983/81²⁹, caberia ao DETRO, autarquia vinculada à Secretaria de Estado de Transportes, a prévia e expressa anuência para tal operação. Em razão disso, o parecerista concluiu pela ilegalidade da transferência realizada e recomendou a impugnação judicial dela.

Embora a transferência das linhas municipais, como meio de recuperação judicial, contribua, conforme a visão do juízo recuperacional, para a preservação da atividade econômica desenvolvida pela recuperanda, não se mostra possível que ela ocorra ao arrepio das disposições legais e contratuais referentes às delegações de serviços públicos. Isso porque, em suma, transmitiu-se para terceiros a prestação de um serviço público sem que o seu titular - Poder Concedente -, por si ou por sua agência reguladora, tivesse a oportunidade de verificar a viabilidade do exercício pelo terceiro.

Nesse sentido, mostra-se importante colacionar a seguinte lição exarada por Sérgio Campinho³⁰:

[...] relevante é chamar atenção para a ressalva legal no sentido de que cada medida que vier a ser no plano adotada como forma de recuperação deverá observar as condições materiais de sua validade e os procedimentos previstos na legislação correspondente. Com isso, a Lei de Recuperação e Falência não cria novo ambiente a sustentar a implementação de operações em desrespeito ao previsto na legislação própria. Não constitui, portanto, a recuperação uma situação de excepcionalidade de tal extensão a amparar seja a operação realizada em descompasso com a sua regulação

resolutiva do fim da delegação. A assertiva independe de o bem ter sido afetado ao serviço público antes ou depois da concessão, já que, em qualquer hipótese, o regime de sua gestão e eventual disposição pela concessionária é o mesmo. Tanto é assim que há, em geral, a previsão nos contratos de concessão de que a alienação dos bens reversíveis, sejam eles anteriores ou posteriores à concessão, deve ser previamente autorizada pelo Poder concedente. Note-se: em qualquer caso, quem aliena (faculdade inerente à propriedade) o bem é a concessionária, e não o Estado, que apenas irá autorizar o negócio”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 436-437.

²⁸ RIO DE JANEIRO. Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. *Parecer nº 39/2021 – ASA*. Disponível em: <<https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/22068>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

²⁹ RIO DE JANEIRO. *Decreto nº 3.893*, de 22 de janeiro de 1981. Disponível em: <<https://www.fetranspor.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Regulamento-Detro.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

³⁰ CAMPINHO, op. cit., p. 166.

legal, a qual seguirá igual curso para as sociedades empresária e empresários individuais solventes ou insolventes.

Dessa forma, entende-se que eventual óbice aos meios de recuperação judicial relativos às delegatárias de serviços públicos deve ser observado em concreto. Se, por um lado, segue-se o procedimento ordinário para os meios relativos aos demais credores da recuperanda, por outro, quando a solução encontrada pelo devedor interfere no serviço público delegado, mostra-se imprescindível a observância das disposições legais e contratuais referentes à delegação.

3. O PROJETO DE LEI Nº 7.063/2017 E OS REFLEXOS DA EXTENSÃO DA REFERIDA PROIBIÇÃO A TODAS AS CONCESSÕES E PERMISSÕES

Na mesma esteira do art. 18 da Lei nº 12.767/12³¹, o art. 154 do Projeto de Lei nº 7.063/17³² prevê a inaplicabilidade dos regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei nº 11.101/05³³ às concessionárias de serviços públicos, salvo posteriormente à extinção da delegação. No entanto, há menção no projeto de lei sobre um procedimento a ser adotado pelo poder concedente no caso de crise econômico-financeira das prestadoras de serviço público. Assim, abordam-se, a seguir, os possíveis reflexos da disposição inserida no projeto da nova lei geral de concessões.

Comentou-se anteriormente que os entes empresários que se dedicam à exploração da prestação de determinado serviço público visam ao auferimento do lucro, pois inseridas no âmbito da livre iniciativa, ainda que vinculadas a um setor com maior regulação estatal. Nesse sentido, a motivação para que se empreenda nesse campo é imbuída de prévia análise do retorno financeiro futuramente arrecadável.

Considerando os elevados gastos iniciais³⁴ e a demora na amortização deles, mostra-se necessário grande aporte de capital pelas concessionárias, o que o fazem com o auxílio de empréstimos fornecidos por instituições financeiras. Nesse sentido, traz-se à baila o conceito

³¹ BRASIL, op. cit., nota 11.

³² BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.063 de 2017*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/fichadetratamacao?idProposicao=2124888>>. Acesso em: 15 set. 2021.

³³ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁴ A título de ilustração, as concessionárias responsáveis pela exploração do serviço de saneamento básico nos blocos 01, 02 e 04 do Estado do Rio de Janeiro pagarão R\$22.689.000.000,00 (vinte e dois bilhões, seiscentos e oitenta e nove milhões de reais) ao poder concedente até o ano de 2025. AGÊNCIA BRASIL. *Contratos com concessionárias da Ceda e serão assinados em agosto*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-06/contratos-com-concessionarias-da-ceda-e-serao-assinados-em-agosto>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

de bancabilidade. Segundo Andréa Zaitune Curi et al³⁵, pode ser entendido como a atratividade de determinado projeto a partir da perspectiva do financiador, baseada sobretudo na probabilidade de sucesso do projeto. Pedro Costa Gonçalves³⁶ aduz sobre o tema:

[...] acrescenta-se, agora, que, sobretudo nos contratos de concessão que adotam o modelo de *project finance*, o mesmo documento revela-se determinante para a decisão de outros players, com intervenção decisiva na “operação contratual” da concessão: os bancos, instituições que, em rigor, assumem a responsabilidade de financiamento. Surge, neste ponto, o requisito prático da bancabilidade do projeto. Como se sabe, o modelo de financiamento dito de *project finance* traduz-se, como aliás o nome sugere, num “financiamento ao projeto” e baseia-se na convicção de que a atividade concedida (o projeto) gera os recursos bastantes (fluxos de caixa) para devolver aos bancos os fundos que mobilizaram para o financiamento do investimento.

Dentre a plêiade de fatores que influenciam a bancabilidade de um projeto, é possível incluir a existência de uma vindoura crise econômico-financeira. Nesse contexto, o cálculo realizado pelos financiadores é alterado pela viabilidade da recuperação judicial, seja pelos meios anteriormente analisados seja pela suspensão das execuções ajuizadas contra a recuperanda, esta prevista no art. 6º da Lei nº 11.101/05³⁷.

Conforme mencionado anteriormente, o art. 154 do Projeto de Lei nº 7.063/17³⁸ condiciona a aplicabilidade do instituto da recuperação judicial às sociedades exploradoras de serviços públicos à extinção do contrato administrativo. Entretanto, o capítulo destinado ao instituto da intervenção no projeto de lei, traz, de maneira semelhante ao disposto na Lei nº 12.767/12³⁹, o seguinte procedimento:

Art. 140. Os acionistas ou sócios da concessionária sob intervenção terão o prazo de 60 (sessenta) dias, contado do ato que a determinou, para apresentarem plano de recuperação, que conterà, no mínimo:

I - discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados;

II - demonstração de sua viabilidade econômico-financeira;

III - proposta de regime excepcional de sanções regulatórias para o período de recuperação;

IV - prazo necessário para o alcance dos objetivos, que não poderá ultrapassar o termo final da concessão.

Art. 141. A aprovação pela agência reguladora ou órgão competente do plano de recuperação cessará a intervenção e a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida da prestação de contas a que se refere o art. 139.

³⁵ CURI, Andréa Zaitune et al. *PPPs e Concessões*: propostas para ampliar a participação de empresas. 2 ed. Curitiba: CBIC, 2016, p. 103.

³⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. Função do caso base em contratos administrativos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Tratado do Equilíbrio Econômico-financeiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 325-337.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 32.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 9.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, a concessionária deverá enviar trimestralmente à agência reguladora ou órgão competente relatório sobre o cumprimento do plano de recuperação.

Art. 142. Caso o plano de recuperação seja rejeitado pela agência reguladora ou órgão competente ou não seja apresentado no prazo previsto no art. 140, o poder concedente poderá declarar a caducidade da concessão.

§ 1º Os acionistas ou sócios da concessionária sob intervenção serão intimados da rejeição do plano de recuperação para, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentar pedido de reconsideração à agência reguladora ou órgão competente.

§ 2º A agência reguladora ou órgão competente deverá decidir o pedido de reconsideração no prazo de 15 (quinze) dias contado do recebimento do pedido.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁰ aduz sobre a intervenção:

[...] o poder concedente tem o poder de decretar a intervenção na empresa concessionária, com base nos artigos 32 a 34 da Lei nº 8.987/95, a qual não tem natureza punitiva, mas apenas investigatória; ela equivale à substituição temporária do gestor da empresa concessionária pelo interventor designado pelo poder concedente, com o objetivo de apurar irregularidades, assegurar a continuidade do serviço e propor, a final, as medidas mais convenientes a serem adotadas, inclusive, se for o caso, a aplicação de sanções; [...]

A partir do explanado por Di Pietro, é possível inferir que o previsto nos artigos 140 a 142 anteriormente transcritos não guarda semelhança com o instituto ordinário da intervenção, este disposto na Lei nº 8.987/95⁴¹. Trata-se, de fato, de procedimento mais afeito à recuperação judicial, tendo em vista a necessidade de comprovação da viabilidade econômico-financeira e da utilização dos meios de recuperação.

Por outro lado, distancia-se da Lei nº 11.101/05⁴² por estabelecer relação apenas entre o poder concedente e a concessionária. A análise do plano apresentado pelo delegatário é realizada exclusivamente pelo titular do serviço público, o qual o poderá aprovar ou não, e, neste cenário, declarar a caducidade da concessão.

Como bem ressalta Luiza Seijas⁴³, esse procedimento criado na Lei nº 12.767/12⁴⁴ e repetido no projeto de lei em epígrafe tem como pressuposto o acertamento entre a concessionária e os demais credores dela, tendo em vista que o exame e eventual aprovação pelo poder concedente será posterior e considerará a viabilidade do ente empresário. Em outras palavras, o projeto de lei estende a todas as delegações uma espécie de recuperação capitaneada pelo poder concedente, executada ou por sua agência reguladora ou por outro órgão com

⁴⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 338.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴³ SEIJAS, op. cit.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 9.



atribuição para tanto, em que a Administração Pública, além de ter a decisão final sobre a aprovação, também é diretamente interessada.

Não se olvida de que a prestação de um serviço público adequado e de qualidade mostra-se essencial e como objetivo-fim de uma concessão, todavia não se pode relegar a um segundo plano os demais interesses existentes numa empresa, mormente sua função social. Nesse contexto, Bruna Marchese e Silva e Manoel de Queiroz Pereira Calças⁴⁵ afirmam:

[...] de mais a mais, tem-se que a recuperação judicial não abarca a previsão de paralisação das atividades da empresa, ao contrário, ela busca manter a sociedade em pleno funcionamento mediante a concessão de mecanismos que possibilitem a superação da crise e o exercício de sua atividade em condições econômicas ainda melhores. Em sendo assim, há plena convergência de propósitos entre as finalidades da recuperação judicial e os princípios que norteiam a prestação de serviços públicos pelas empresas concessionárias, aí se inserindo o da continuidade e da eficiência. Busca-se, em última análise, que a recuperação judicial possibilite a melhoria nas condições financeiras das concessionárias de serviço público com a superação da crise e que, deste modo, sejam capazes de continuarem a prestar o serviço público a que se propuseram por meio do contrato de concessão, os quais, como é cediço, devem ser prestados ininterruptamente.

Embora os contratos administrativos tenham ordinariamente cláusulas exorbitantes, justificadas pelo interesse público primário, é necessário que se compreenda a insegurança jurídica advinda de um procedimento de recuperação direcionado apenas pelo poder concedente. Nesse contexto, exsurtem duas questões principais: a atratividade para os credores e a inafastabilidade da jurisdição.

Em relação ao primeiro, destaca-se que a viabilidade dessa recuperação trazida no projeto de lei tem como pressuposto o prévio acertamento entre o delegatário e os demais credores dele, o que deve ser apresentado no plano mencionado no art. 140 do Projeto de Lei nº 7.063/17⁴⁶. Contudo, deve-se compreender que essa opção para os credores da concessionária pode não se mostrar atrativa, porque não há o anteparo de proteção trazido na Lei nº 11.101/05⁴⁷ nem as experiências jurisprudenciais e doutrinárias colhidas durante mais de quinze anos de vigência, tal como a consolidação do instituto do *cram down* no direito pátrio.

No que tange ao segundo, em que pese o procedimento não envolver diretamente o judiciário, considerando o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁴⁸, não há óbice a que a

⁴⁵ SILVA, Bruna Marchese; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Análise dos princípios aplicáveis à recuperação judicial das empresas concessionárias de serviço público. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, Encontro Virtual, V. 7, nº 2, p. 58-73, jul./dez. 2021. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/8226/pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2022.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 32.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 7.

delegatária ou credores dela eventualmente insatisfeitos com o plano aprovado ou inconformados com a não aprovação pelo poder concedente recorram ao Poder Judiciário. Sem adentrar ao exame da higidez de eventual interferência desse poder nas decisões do titular do serviço público, a mera possibilidade gera incertezas sobre a efetividade do procedimento disposto no projeto de lei em análise

Portanto, verifica-se que a proibição do deferimento da recuperação judicial e a criação de espécie *suis generis* de intervenção pretendidas pelo projeto de lei em espeque ocasionam insegurança jurídica para todos os participantes na delegação de um serviço público. A insegurança jurídica e o tratamento diferenciado em relação aos demais entes exploradores de atividade econômica arrefecem a bancabilidade do projeto, tornando os investimentos mais escassos e dispendiosos. Além disso, as delegatárias e os credores delas, após iniciada a relação contratual, são colocadas em sujeição ao arbítrio, ainda que não ilegal, do poder concedente.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou que, atualmente, há duplicidade no tratamento dispensado às delegatárias de serviços públicos no que toca ao acesso ao instituto da recuperação judicial. Enquanto àquelas exploradoras do setor de energia elétrica é vedado o deferimento da recuperação, sendo objetos de intervenção pelo poder concedentes, às demais não se visualiza qualquer restrição. O veículo normativo que ensejou a vedação citada baseou-se na essencialidade dessa espécie de serviço público, bem como na possibilidade de conflito entre os interesses público e privado e, por fim, na eventual ingerência do juízo da recuperação judicial nas atribuições relativas ao titular do serviço público ou das agências reguladoras.

De fato, os contratos administrativos de delegação apresentam características específicas, cuja interpretação e eventual afastamento demandam análise prudente. Embora a prestação de um serviço público adequado seja o objetivo-último da atividade, é necessário que não se esqueça de que o explorador trata-se de uma sociedade privada em busca de lucro.

Nesse contexto, verificou-se a possibilidade de que os meios de recuperação aprovados no plano de recuperação judicial conflitem com as obrigações contratualmente assumidas pelo poder concedente e pelo concessionário. Quando os artificios utilizados pela recuperanda não impactam a prestação do serviço público, compreendeu-se não se mostrar razoável que o poder concedente ou eventual legislação vede a sua consecução. Entretanto, quando colidem com as obrigações firmadas ou dependem da autorização do titular do serviço público, eventual

apropriação da decisão pelo juízo recuperacional revela-se ilegal e atinge espaço reservado à Administração Pública.

Ademais, apontou-se que o Projeto de Lei nº 7063/2017 pretende vedar a utilização do instituto da recuperação judicial para a todas as delegatárias de serviços públicos e estabelecer um regime de intervenção, no qual caberia ao poder concedente aprovar o plano de soerguimento elaborado pelas concessionárias. Contudo, demonstrou-se que, desse tratamento não isonômico, exsurtem consequências danosas à bancabilidade desses projetos e máculas ao princípio da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *Contratos com concessionárias da Cedaes serão assinados em agosto*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-06/contratos-com-concessionarias-da-cedae-serao-assinados-em-agosto>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, [e-book].

BOGOSSIAN, André Martins. Contratos de concessão e PPP irreequilibráveis: um problema subnotificado antes da pandemia. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente de. *Transformações do Direito Administrativo: Direito público e regulação em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer nº 38/12*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1045720&filename=PAR+38+MPV57712+%3D%3E+MPV+577/2012>. Acesso em: 03 out. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. *Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. *Lei nº 12.767*, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12767.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. *Lei nº 14.112/20*, de 24 de dezembro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 577*, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/577.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. Presidência da República. *Mensagem nº 386/12*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0rs2oei32di1y1e9oyji5ddg4m280979.node0?codteor=1045713&filename=Tramitacao-MSC+386/2012+%3D%3E+MPV+577/2012>. Acesso em: 03 out. 2021

_____. *Projeto de Lei nº 7.063* de 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2124888>>. Acesso em: 15 set. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CURI, Andréa Zaitune et al. *PPPs e Concessões: propostas para ampliar a participação de empresas*. 2 ed. Curitiba: CBIC, 2016.

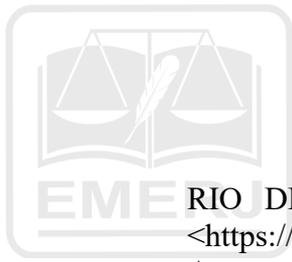
GONÇALVES, Pedro Costa. Função do caso base em contratos administrativos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Tratado do Equilíbrio Econômico-financeiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Concessões de serviços públicos e o tempo: aspectos relevantes sobre o impacto da variável ‘prazo’ para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. In: BARBOSA, Fernando de Holanda; _____; _____. *Equilíbrio financeiro em projetos de infraestrutura e a TIR flexível*. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2019.

KOUTOUDIJEAN FILHO, Hoanes. Meios de recuperação da empresa – dilação, flexibilização, reestruturação, constituição de sociedade de credores, renegociação, dação em pagamento, usufruto, administração compartilhada, emissão de valores, dentre outros. In: COSTA, Daniel Carnio. *Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.



RIO DE JANEIRO. *Decreto n° 3.893*, de 22 de janeiro de 1981. Disponível em: <<https://www.fetranspor.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Regulamento-Detro.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

_____. Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. *Parecer n° 39/2021 – ASA*. Disponível em: <<https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/22068>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

SADDY, André. Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária: o caso do setor elétrico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 50, n° 198, p. 31-55, abr./jun. 2013.

SILVA, Bruna Marchese; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Análise dos princípios aplicáveis à recuperação judicial das empresas concessionárias de serviço público. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, Encontro Virtual, V. 7, n° 2, p. 58-73, jul./dez. 2021. Disponível em: < <https://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/8226/pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2022.

UZAL, Luiza Seijas. *A recuperação judicial de empresas concessionárias de serviços públicos*. 2018. 47 f. Trabalho monográfico (Pós-graduação em Direito). Insper - Instituto de Educação e Pesquisa, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1942/LUIZA%20SEIJAS%20UZAL_Trabalho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 31 ago. 2021.

INFLUÊNCIAS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Marcos Aurelio Sousa Junior

Graduado em Direito pela
Universidade Veiga de Almeida.
Advogado.

Resumo - como se sabe, as licitações públicas são realizadas pela Administração Pública para contratações em um ambiente de livre e regular competitividade entre os interessados, conforme preconiza a legislação de regência. Apesar de a antiga lei de licitações, Lei nº 8.666/93, já demonstrar uma preocupação com o meio ambiente sustentável, a nova lei, Lei nº 14.133/21, reitera a necessidade de inserção da temática nos processos de licitações públicas. Assim sendo, a presente pesquisa traça um breve histórico da proteção dada ao meio ambiente pelo ordenamento jurídico nacional, demonstrando a licitação sustentável na prática, bem como pretende-se explanar sobre as principais novidades práticas do novo diploma voltadas para o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Direito Administrativo. Sustentabilidade. Licitações e Contratos Administrativos. Lei nº 14.133/21.

Sumário: Introdução. 1. A tutela do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico pátrio. 2. As contratações públicas sustentáveis. 3. O desenvolvimento sustentável na nova lei de licitações e contratos administrativos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é constatar que, em que pese a licitação ter por função usual propiciar uma contratação mais vantajosa economicamente para a Administração Pública, este procedimento pode e deve se direcionar para algo além de sua função tradicional, isto é, para se preocupar e estabelecer critérios para um desenvolvimento nacional sustentável através das contratações públicas.

Nesse sentido, são apresentadas as novidades legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema, com a finalidade demonstrar a preocupação da nova lei com a questão ambiental até mesmo nas relações contratuais travadas pelo Estado.

À vista disso, com o advento da nova lei de licitações publicada em 1 de abril de 2021 (Lei nº 14.133/21) foi reafirmado o compromisso existente na Constituição Federal de 1988 e em outras legislação esparsas com o meio ambiente, ao inserir a questão do desenvolvimento sustentável nos processos de licitações públicas no Brasil.

Nessa lógica, a nova lei de licitações e contratos administrativos incrementa sobremaneira a denominada pela doutrina “licitação sustentável”, sendo esta conceituada como



a contratação pública de serviço, obra ou aquisição de bem que inclui critérios de sustentabilidade de maneira prática.

Assim sendo, o primeiro capítulo do trabalho discorre sobre a proteção dada ao desenvolvimento sustentável pelo Ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e legislações correlatas. Demonstrando o crescimento da importância da observância do desenvolvimento nacional sustentável sob o enfoque da legislação pátria, da jurisprudência e da doutrina.

Já no segundo capítulo, são demonstradas as contratações públicas sustentáveis e a denominada licitação sustentável na prática, discorrendo sobre a obrigatoriedade da realização da licitação pública.

Por fim, no terceiro capítulo é apresentada as influências práticas do desenvolvimento sustentável na nova lei de licitações e nos contratos administrativos. Busca-se demonstrar que a licitação pode se direcionar para algo além de sua função tradicional, ou seja, para se preocupar e estabelecer critérios para um desenvolvimento nacional sustentável com as contratações públicas. Com isso, pretende-se expor as novidades estabelecidas com a nova lei de licitações.

A presente pesquisa possui natureza exploratória. Ressalta-se que o método hipotético-dedutivo será também utilizado, tendo em vista que se abordará hipóteses de casos em que se verificará o procedimento licitatório formalmente disposto na legislação, quanto os casos em que a licitação é dispensada ou diferenciada pela lei.

Já a metodologia de base pautou-se em pesquisa bibliográfica e legal, com análise documental consultando artigos publicados em periódicos especializados e livros.

1. A TUTELA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Preliminarmente, é importante registrar que o desenvolvimento sustentável é aquele em que é capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações. Sendo a expressão “desenvolvimento sustentável” pela primeira vez utilizada em 1987, em um simpósio das Nações Unidas, denominado como “Nosso Futuro Comum”, conhecido como Relatório *Brundtland*¹, ocasião em que foi apresentada a definição do termo citado.

¹VEIGA, José Eli da; ZATZ, Lia. *Desenvolvimento sustentável, que bicho é esse?*. Campinas: Armazém do Ipê, 2008, [e-book].

Por esse ângulo, para que tenha um desenvolvimento econômico que observe a capacidade máxima de suporte dos ecossistemas, as presentes gerações deverão consumir as parcelas necessárias dos recursos naturais sem privar as futuras gerações das suas porções.

Em uma visão ampla, trata-se de estabelecer um liame entre o direito ao desenvolvimento, em todas as suas dimensões (humana, física, econômica, política, cultural, social), e o direito a um ambiente sadio, edificando condições para que a humanidade possa projetar o seu amanhã.

Ademais, o direito a um meio ambiente saudável é previsto internacionalmente, de forma expressa, no Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador (1988), ratificado pela República Federativa do Brasil em 21 de agosto de 1996, através do Decreto nº 3.321/99:

[...] Artigo 11. Direito a um meio ambiente sadio.

1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.
2. Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente² [...].

Por sua vez, no ordenamento jurídico nacional a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira a dedicar um capítulo específico para o meio ambiente, previsto no Título VIII, Capítulo VI³.

Extraí-se da Constituição Federal - CF que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, em que se impõe ao Estado e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, conforme se observa no artigo 225, *caput*⁴.

Em complementação, o artigo 170, inciso VI, da CF, prevê que a ordem econômica deverá observar a defesa do meio ambiente, até mesmo com o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação⁵.

²BRASIL. *Decreto nº 3.321*, de 30 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

⁴Ibid.

⁵Ibid.

Com a análise dos artigos supracitados nota-se que o constituinte pátrio delineou no texto constitucional, para além de um capitalismo social, um capitalismo socioambiental, designando a proteção ambiental como princípio matriz da ordem econômica.

Observa-se que com a proteção constitucional dada ao meio ambiente, a doutrina afirma que atualmente nos encontramos diante de uma nova “era” da proteção ambiental no contexto jurídico brasileiro, sendo “constitucionalizado” o Direito Ambiental⁶. Nesse sentido:

[...] José Afonso da Silva refere que a Constituição de 1988 foi a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental e é eminentemente ambientalista, assumindo o tratamento da matéria ampla e modernamente, uma vez que, além de destacar capítulo próprio (art. 225) para a temática ambiental, a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas centrais da ordem constitucional. 26 Não por outra razão, a CF/1988 é qualificada como Constituição Ecológica ou Constituição Verde [...]⁷.

Nessa perspectiva, destacou o Ministro Luiz Fux no julgamento da ADC 42/DF, conhecido como Caso do Novo Código Florestal:

[...] 9. Essa movimentação política de âmbito global tem despertado os Estados nacionais e a coletividade para a urgência e a importância da causa ambiental. Comparativamente, 150 constituições atualmente em vigor tratam da proteção ao meio ambiente em seus textos. No Brasil, não obstante constituições anteriores tenham disciplinado aspectos específicos relativos a alguns recursos naturais (água, minérios etc), a Carta de 1988 consistiu em marco que elevou a proteção integral e sistematizada do meio ambiente ao status de valor central da nação. Não à toa, a comunidade internacional a apelidou de Constituição Verde, considerando-a a mais avançada do mundo nesse tema [...]⁸.

Outrossim, parcela da doutrina classifica o direito ao desenvolvimento sustentável como sendo um direito fundamental. A partir da referida acepção, o direito ao desenvolvimento deve ser visto como pressuposto da expansão das liberdades do indivíduo, devendo permitir o avanço nos campos da educação, saúde, do pleno emprego, da renda adequada (mínimo social) e bem distribuída, das liberdades políticas, civis e da exclusão de toda e qualquer forma de discriminação inconstitucional⁹.

A tendência doutrinária é distinguir duas funções ou dimensões centrais dos direitos fundamentais, que não devem ser confundidas com as categorias de direitos fundamentais. Cuida-se das funções objetiva e subjetiva (ou função clássica).

⁶SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Thiago. *Curso de Direito Ambiental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, [e-book].

⁷Ibid.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 42 / DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>>. Acesso em: 19 out. 2021.

⁹WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

Sob a perspectiva objetiva, o direito ao desenvolvimento sustentável pode enquadrar-se como um direito difuso e mutável, por possuir o conteúdo fluído como, por exemplo, a qualidade de vida. São direitos caracterizados pela indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, estando englobado em seu conceito o desenvolvimento humano, social, econômico e o interesse público, posto que é relevante para toda a comunidade, e não apenas para os indivíduos¹⁰.

Por outro lado, no seu aspecto subjetivo, é perseguido pelo autointeresse de modo utilitário, e não altruísta ou cooperativo, aqui pode ser invocado por seus titulares. Nesse sentido, não se dá de modo harmônico, visto que o indivíduo – ou o conjunto de pessoas que busca o referido direito – pode prejudicar outros cidadãos, as coletividades e até mesmo violar direitos individuais homogêneos (perspectiva objetiva do direito ao desenvolvimento sustentável)¹¹.

No âmbito infraconstitucional, após a previsão constitucional a respeito do desenvolvimento sustentável, foram elaboradas diversas normas sobre a temática. A título exemplificativo cita-se o Decreto nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, confere-se:

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - PNPCT, na forma do Anexo a este Decreto.

[...]

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

[...]

III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras [...]¹².

Sendo assim, desenvolvimento sustentável traz em si o reconhecimento de que os recursos naturais não são intermináveis. Ao mesmo tempo, expressa a compreensão de que não pode haver desenvolvimento pleno se os caminhos trilhados para sua consecução desprezarem um sistema de exploração racional e equilibrada do meio ambiente.

Portanto, passa-se a analisar as contratações públicas e a denominada licitação sustentável.

2. AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

¹⁰Ibid.

¹¹Ibid.

¹²BRASIL. *Decreto nº 6.040*, de 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

Como se sabe, quando um particular quiser contratar algum serviço ou adquirir um bem, é cabível a livre escolha de com quem e por quanto quer negociar, podendo-se valer de toda carga subjetiva na escolha da outra parte do contrato. Portanto, aos participantes do meio privado é plenamente possível comprar um bem ou contratar um serviço por um valor mais elevado que o de mercado, haja vista que estão gastado o seu próprio dinheiro.

No sentido oposto, encontra-se a Administração Pública, que não pode escolher livremente com quem negociar. Assim, caso o Poder Público necessite realizar atos negociais, deve o administrador público, em regra, percorrer um procedimento formal, com fases e regras estabelecidas em lei e/ou edital, assegurando a igualdade de tratamento a todos os interessados em se tornar contratado. Esse procedimento que é denominado licitação.

Segundo MAZZA, pode-se conceituar licitação nos seguintes termos:

[...] o procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convoca interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta.¹³

Cabe ressaltar que ao se falar em procedimento administrativo, parte da doutrina entende que está-se fazendo alusão a uma série de atos preparatórios do ato final desejado pela Administração Pública. Nesse sentido explica a professora Maria Zanella Di Pietro¹⁴:

[...] a licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações [...].

A Constituição Federal prevê expressamente no artigo 22, inciso XXVII, a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos, ao mesmo passo que dispõe da exigência para a realização do procedimento licitatória, no artigo 37, inciso XXI:

(...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹⁵

¹³MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 526.

¹⁴PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, [e-book].

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

Exemplificando, cada órgão público possui finalidades institucionais específicas e que para que se realizem é necessário aparelhamento instrumental adequado e suficiente, o que se verifica com a realização de concursos públicos para ingresso de pessoal no quadro da instituição, bem como pelas contratações que são previstas na Lei nº 14.133/21. Nesse sentido, observa-se que há uma finalidade precípua da licitação que não se esgota com o término do procedimento administrativo e que é, justamente, a realização do bem social pelo Estado.

Logo, o procedimento licitatório é realizado com a finalidade de buscar a melhor proposta para a Administração Pública, estimulando a competitividade entre os possíveis contratados, bem como oferecendo iguais condições a todos que queiram contratar com o Poder Público.

Podemos conceituar a licitação sustentável como sendo aquela que correlaciona aspectos sociambientais em todas as suas fases, com o principal objetivo de reduzir impactos negativos sobre o meio ambiente, a saúde do cidadão e ao meio ambiente.

Com isso, observa-se que o gestor público não deve se limitar somente aos aspectos econômicos, menor preço, por exemplo, no momento das contratações públicas, mas deve observar e garantir o desenvolvimento sustentável. Dessarte, as contratações pública podem e devem servir como um instrumento para viabilizar políticas públicas.

Na legislação, em 29 de dezembro de 2009 foi instituída a Política Nacional Sobre Mudança do Clima, com um grande avanço na legislação com disposição expressa da adoção de critérios de sustentabilidade nas contratações públicas. Veja-se:

[...] Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos; [...]¹⁶.

Observa-se que os critérios de preferências ali previstos tem aplicabilidade ampla no campo de negociação da Administração Pública, a saber: nas licitações, contratações oriundas de parcerias-público privadas, autorizações, outorgas e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 12.187*, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12187.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

Com a leitura do artigo acima citado, constata-se que os critérios de preferências ali estabelecidos visam preservar o meio ambiente, com a principal finalidade de economia de energia, água e outros recursos naturais, bem como reduzir a emissão de gases de efeito estufa e resíduos.

A Política Nacional Sobre Mudança do Clima faz referência expressa ao desenvolvimento sustentável e ao dever de todos na sua execução. Veja-se:

(...) Art. 3º A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte:

I - todos têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático;

II - serão tomadas medidas para prever, evitar ou minimizar as causas identificadas da mudança climática com origem antrópica no território nacional, sobre as quais haja razoável consenso por parte dos meios científicos e técnicos ocupados no estudo dos fenômenos envolvidos;

III - as medidas tomadas devem levar em consideração os diferentes contextos socioeconômicos de sua aplicação, distribuir os ônus e encargos decorrentes entre os setores econômicos e as populações e comunidades interessadas de modo equitativo e equilibrado e sopesar as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima;

IV - o desenvolvimento sustentável é a condição para enfrentar as alterações climáticas e conciliar o atendimento às necessidades comuns e particulares das populações e comunidades que vivem no território nacional;

V - as ações de âmbito nacional para o enfrentamento das alterações climáticas, atuais, presentes e futuras, devem considerar e integrar as ações promovidas no âmbito estadual e municipal por entidades públicas e privadas (...).¹⁷

São inúmeros os benefícios decorrentes da aplicação de critérios socioambientais nas contratações públicas viabilizam o acréscimo de produtos sustentáveis colocados à disposição da sociedade e a inafastável preservação do meio ambiente, com a conseqüente redução da utilização de matérias-primas e diminuição do descarte de resíduos na natureza.

Portanto, considerando o grande volume de contratações públicas, com a observância de critérios sustentáveis, há expressiva contribuição para fomentar, estimular condutas e ajustar o mercado fornecedor de bens, serviços e obras aos parâmetros de sustentabilidade ambiental fixados pela própria Administração Pública.

3. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

¹⁷Ibid.

Com o advento da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/21, foi ampliada a hipótese de aplicação da sustentabilidade pelos órgãos e entidades integrantes da administração pública direta, autárquica e fundacional, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo aos entes, por exemplo, incluir em seu planejamento de contratações critérios estratégicos da sustentabilidade para atender aos clamores por uma sociedade que respeite o meio ambiente.

Ademais, com o grande número de compras e contratações realizadas pela Administração, com a implementação de forma efetiva do critério de sustentabilidade, há um potencial de forçar mudanças em toda a cadeia de fornecimento dos entes públicos e intensificar os efeitos positivos na sociedade.

De início, importante registrar que o desenvolvimento nacional sustentável é eleito pelo artigo 3º da Lei nº 8.666/93¹⁸ (lei que regulamentava as licitações e contratos administrativos) como um dos objetivos da licitação. Por sua vez, a nova lei, no seu artigo 5º¹⁹, além de indicá-lo como objetivo, sustenta que o desenvolvimento sustentável constitui princípio da licitação.

O desenvolvimento do país não está atrelado somente ao seu crescimento econômico, mas a diversos fatores que conjugados chega-se a um fim comum. Nesse sentido explica o Professor Rafael Oliveira²⁰:

[...] Muito ao contrário, o “direito ao desenvolvimento” comporta a conjugação de diversos outros fatores que materializam liberdades substanciais, como, por exemplo, o aumento da qualidade de vida dos cidadãos, o incremento da liberdade política, a promoção da inovação tecnológica e o aumento da adequação/funcionalidade das instituições [...].

Logo, de pronto verifica-se a importância conferida pelo legislador ao desenvolvimento nacional sustentável, que deve ser o princípio e objetivo orientador das contratações públicas. Nesse sentido, na busca pela implementação da sustentabilidade (econômica, social, ambiental), foram estabelecidas regras especiais.

Pois bem, a licitação não possui um procedimento uniforme, sendo que variam de acordo com a modalidade de licitação, bem como com o objeto da contratação. Diante da divergência doutrinária acerca de como começa o procedimento licitatório, a Lei nº 14.133/21 tenta solucionar a discussão e aponta no sentido de que o início da licitação se dá com o ato que

¹⁸BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 24 mai. 2022.

¹⁹BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

²⁰OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, [e-book].



instaura o procedimento administrativo, dando início com a chamada fase preparatória da licitação.

Nesse sentido, já na fase preparatória, será necessária a elaboração de um estudo técnico, que deverá conter, entre outros itens, o detalhamento de potenciais impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras e questões relacionadas à logística reversa, consumo de energia e outros recursos naturais, bem como a reciclagem de bens e refugos, no artigo 18, inciso I e § 1º, inciso XII²¹.

Como se observa, já no início do procedimento deverá ser detalhado se aquela contratação, compra ou alienação pública causará impactos ambientais negativos. Ou seja, presume-se que a licitante possui prévio conhecimento do local, características de solo, cursos d'água, jazidas, aspectos de flora e fauna, impactos ambientais e mecanismos de remediação, influências urbanas, interseções, nível de eficiência e de integridade dos órgãos públicos locais.²²

Nesse seguimento, vencida a fase preparatória e com a publicação do edital, ocasião em que torna pública a intenção da Administração Pública em contratar, o novo diploma prevê requisitos de sustentabilidade para o referido instrumento convocatório.

A título exemplificativo pode-se mencionar o artigo 25, §5º, inciso I e § 6º²³ prevê a exigência de que esteja previsto no Edital, a condição de que o contratado deve obter licença ambiental, do mesmo modo que estabelece que a tramitação dos processos de licenciamentos ambientais de obras e serviços licitados deverão ocorrer de maneira prioritária perante o órgão ambiental.

Cumprido esclarecer que o rol de requisitos do edital não é taxativo, podendo a Administração Pública colocar novos itens desde que observe a proporcionalidade e razoabilidade, atentando-se as normas e condições do respectivo edital, a qual se acha estritamente vinculada.

Constata-se que a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável poderá justificar inclusive a previsão de critérios de desempate, conforme preceitua o artigo 26²⁴ da nova Lei de Licitações admite a fixação de margem de preferência nos seguintes casos: a) bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e b) bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.

²¹BRASIL, op. cit., nota 19.

²²COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do Canto. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, [e-book].

²³BRASIL, op. cit., nota 19.

²⁴Ibid.

Ademais, com o objetivo prioritário de garantir licitações de fato sustentáveis, o artigo 34, § 1º²⁵ o novo diploma legal estabelece a possibilidade de se utilizar o critério de melhor preço sustentável, em detrimento de somente “menor preço”, para definir a empresa vencedora. Em outras palavras, fica estabelecido o prioridade por bens e/ou serviços que tenham menor impacto ambiental no processo produtivo.

O supracitado artigo pressupõe que o custo total de um produto resulta não apenas de seu valor imediato de aquisição, porém por diversos custos que lhe são correlatos, como, por exemplo²⁶, veículo automotor, embarcação ou aeronave que, adquirida por preço inferior àqueles ofertados por outros licitantes para produtos de mesma qualidade, apresente onerosos custos de operação, resultantes de maior consumo de combustível, ou altos custos de manutenção, por demandar substituição de componentes em menor período.

Os critérios de desempate previstos na nova legislação são distintos daqueles consagrados na Lei nº 8.666/93. Nesse seguimento, o artigo 60, § 1º, inciso IV²⁷, dispõe que em igualdade de condições, não havendo desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços de empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187/09, que trata da Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC.

Ressalte-se que, embora o procedimento licitatório seja a regra, o novo diploma legal no artigo 75, inciso IV, alínea j²⁸, prevê hipóteses sobre as quais é dispensável o uso de tal procedimento, ou seja, a Administração Pública, atendidos os requisitos legais, poderá contratar diretamente com o particular.

Uma das possibilidades legais para tal dispensa, é quando tratar-se de serviços de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis conduzidos por associações ou cooperativas formadas por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis.

Observa-se que fomento social foi a preocupação do legislador quando estabeleceu esta hipótese de dispensa de licitação, pois buscou-se dar oportunidades de trabalho às pessoas de baixa renda e preservar o meio ambiente através da coleta seletiva de lixo, da reciclagem e reutilização de produtos.

Outrossim, dentre diversas hipóteses possíveis que pode-se citar para demonstrar a clara preocupação do legislador com os impactos ambientais decorrentes das contratações públicas,

²⁵Ibid.

²⁶COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do Canto, op. cit., nota 22.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 19.

²⁸Ibid.



importante citar o direito à extinção do contrato devido ao atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas à Administração relacionadas ao licenciamento ambiental, previsto no artigo 137, §2º, inciso V²⁹.

Importante esclarecer que a extinção do contrato administrativo é o seu fim, o seu término em virtude de algum acontecimento fático ou normativo, interno ou externo tenha efeito sobre avença estabelecida pela Administração Pública.

Como se observa a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos demonstra a preocupação em destacar a pertinência dos impactos ambientais e suas influências no âmbito das contratações de bens e serviços pela Administração Pública.

CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa percebeu-se que, em que pese a licitação ter como principal objetivo uma contratação mais vantajosa economicamente para a Administração Pública, nada impede que com o respaldo legal se tenha outros objetivos, como por exemplo, se preocupar e estabelecer critérios para um desenvolvimento nacional sustentável.

Como ficou demonstrado, o desenvolvimento sustentável é aquele em que é capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações. Nesse sentido, para que tenha um desenvolvimento econômico que observe a capacidade máxima de suporte dos ecossistemas, as presentes gerações deverão consumir as parcelas necessárias dos recursos naturais sem privar as futuras gerações das suas porções.

Com efeito, restou esclarecido que o direito a um meio ambiente saudável é previsto internacionalmente, de forma expressa, no Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador (1988), ratificado pela República Federativa do Brasil em 21 de agosto de 1996, através do Decreto nº 3.321/99. Observa-se a preocupação da comunidade internacional com o meio ambiente, o que contribui com o avanço da proteção e regulação no âmbito nacional.

Nesse seguimento, entra-se em campo a licitação sustentável, sendo aquela que correlaciona aspectos socioambientais em todas as suas fases, com o principal objetivo de reduzir impactos negativos sobre o meio ambiente, a saúde do cidadão e ao meio ambiente. Logo, o gestor público não deve se limitar somente aos aspectos econômicos, menor preço, por

²⁹Ibid.

exemplo, no momento das contratações públicas, mas deve observar e garantir o desenvolvimento sustentável.

No decorrer da presente pesquisa, constatou-se que com o advento da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/21, foi ampliada a hipótese de aplicação da sustentabilidade pelos órgãos e entidades integrantes da administração pública direta, autárquica e fundacional, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo aos entes, por exemplo, incluir em seu planejamento de contratações critérios estratégicos da sustentabilidade para atender aos clamores por uma sociedade que respeite o meio ambiente.

Por conseguinte, com o grande número de compras e contratações realizadas pela Administração, com a implementação de forma efetiva do critério de sustentabilidade, há um potencial de forçar mudanças em toda a cadeia de fornecimento dos entes públicos e intensificar os efeitos positivos na sociedade.

Destarte, restou cristalina a preocupação do novo diploma legal em destacar a pertinência dos impactos ambientais e suas influências no âmbito das contratações de bens e serviços pela Administração Pública. Ficando estabelecido que as contratações públicas podem e devem servir como um instrumento para viabilizar políticas públicas, no caso, assegurar o desenvolvimento nacional sustentável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto nº 3.321*, de 30 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

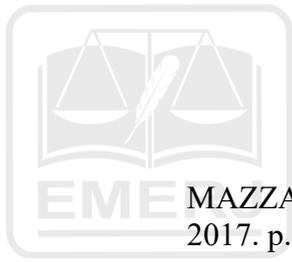
_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

_____. *Lei nº 12.187*, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. *Lei nº 14.133*, de 1 de abril de 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 24 mai. 2022.

COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do Canto. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, [e-book].



MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 526.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, [e-book].

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, [e-book].

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de Direito Ambiental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, [e-book].

VEIGA, José Eli da; ZATZ, Lia. *Desenvolvimento sustentável, que bicho é esse?*. Campinas: Armazém do Ipê, 2008, [e-book].

WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS COM RELAÇÃO AOS PREJUÍZOS CAUSADOS PELOS PRODUTOS E SERVIÇOS POR ELES DIVULGADOS

Maria Eduarda Figueira Borges.

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

Resumo – A intitulada “Era Digital” trouxe consigo novos espaços e recursos para comercialização de produtos e serviços, com um alcance antes nunca visto. Nesse diapasão, surgiram os Influenciadores Digitais, que podem ser descritos como pessoas físicas que participam da publicidade de uma marca, divulgando-a aos possíveis consumidores para aumentar o número de vendas. No presente trabalho, visa-se debater acerca da possível responsabilização civil destes em face do Código do Consumidor, nos casos em que os produtos divulgados causem ou possam causar algum tipo de dano ou incômodo ao público que os adquire por intermédio da referida divulgação. Para tanto, trabalha-se as teorias relativas à cadeia de consumo, de modo a consignar a possibilidade de inserir tais profissionais no conceito de fornecedores por equiparação. Em seguida, pelo estudo dos dispositivos consumeristas e civilistas pertinentes, defende-se os casos em que eles deverão ser responsabilizados. Ao final, é elaborada uma importante análise de caso, buscando sedimentar a temática.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Cadeia de Consumo. Responsabilidade Civil. Publicidade. Influenciadores Digitais. Precedentes Jurisprudenciais.

Sumário – Introdução. 1. A inserção dos Influenciadores Digitais na cadeia de consumo. 2. A Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais. 3. Análise de precedente jurisprudencial à luz do Código de Defesa do Consumidor: “o caso Virgínia”. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais para com os produtos e/ou serviços por eles divulgados. Em face de um ordenamento lacunoso, procura-se enquadrá-los na cadeia de consumo e debater em quais casos eles poderão ser instados a indenizar os consumidores.

Diante do crescimento exponencial e do papel primordial que a internet passou a ocupar no cotidiano da ampla maioria da população mundial a partir do século XXI, adaptar-se a esse mundo moderno se tornou chave no sucesso de qualquer prática comercial. Afinal, a inserção nesse universo amplamente conectado possibilita o aumento do aspecto de vendas, fazendo com que o que antes era restrito às localidades acessíveis por meio de banners, folhetos ou propagandas televisionadas passasse a ter potencial de alcance inúmeras vezes maior e, por vezes, até mesmo, global.

Outrossim, dentro desse mesmo universo cibernético, as estratégias de marketing das empresas passaram a se aperfeiçoar na busca de formas menos onerosas e mais eficazes de se atingir seus respectivos públicos-alvo, com o fito de proporcionar um incremento exponencial nos lucros.

Por derradeiro, a prática que mais vem se destacando ante o crescimento descomunal das redes sociais tem sido a utilização de indivíduos que detém vasto potencial de influência em suas redes sociais para divulgarem produtos e serviços ofertados por determinada entidade comercial.

Essa estratégia pode ser vislumbrada no dia a dia de qualquer indivíduo com acesso a essas plataformas. Ocorre que a atuação desses novos profissionais, intitulados de “Influenciadores Digitais”, ainda não encontra amparo certo e determinado na legislação consumerista e civilista. Somado a isso, existe uma maior dificuldade na promoção de controle sobre o conteúdo por eles veiculado quando em comparação às antigas estratégias que eram empregadas, haja vista a quantidade de perfis que hoje precisariam ser a todo momento fiscalizados.

Pelos fatos supramencionados, perfaz-se vital a discussão acerca da Responsabilidade Civil desses novos profissionais, sendo este o intuito do presente trabalho. Objetiva-se, através desse estudo, corroborar com a construção de um alicerce doutrinário capaz de frear decisões jurisprudenciais divergentes, contemplando-se a necessária segurança jurídica diante da ausência de regulamentação expressa no ordenamento jurídico pátrio.

Isto posto, no decorrer do primeiro capítulo, é discutido o enquadramento deles na cadeia de consumo, e, nesse diapasão, apurado se podem ser compreendidos como fornecedores por equiparação ou se apenas representam a “imagem” do marketing de determinada empresa.

Com relação ao segundo capítulo, seu escopo é definir se esses profissionais poderão ser responsabilizados civilmente, perante consumidores, nos casos em que divulgarem produtos e/ou serviços defeituosos, extraviados ou que trazem danos à saúde, além de estabelecer em quais casos ou em que termos isso pode vir a ocorrer.

Por fim, perpassada toda essa discussão, o terceiro capítulo restringe-se à análise de alguns julgados recentes, com o intuito de observar o comportamento jurisprudencial dominante em alguns casos paradigmáticos e, ao mesmo tempo, inferir se eles correspondem às expectativas do ordenamento jurídico pátrio, sobretudo em confronto com os princípios e dispositivos pertinentes extraíveis do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal.

Para que se atinja o resultado esperado, a pesquisa é desenvolvida através do método dialético. Isso porque o pesquisador estabelece as duas teses possíveis (de responsabilidade e de

irresponsabilidade), examinando quais os fundamentos empregados pelos seus defensores e, em seguida, ponderando-as com a ordem jurídica nacional, chega a uma terceira conclusão, pela qual define os casos em que haverá e os casos em que não haverá a Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais.

No mais, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é inexoravelmente qualitativa, porquanto o presente trabalho utiliza-se, de forma preponderante, de pesquisa bibliográfica. Com isso, contém informações extraídas da fase exploratória da pesquisa, em que foram perqueridos livros, artigos científicos e precedentes jurisprudenciais – todos em perfeita compatibilidade com a temática a ser abordada.

1. A INSERÇÃO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NA CADEIA DE CONSUMO

O surgimento da expressão “Influenciadores Digitais” com o intuito de designar um nova profissão surgida no contexto das redes sociais é extremamente recente, motivo pelo qual a própria conceituação da atividade por eles exercida persiste um pouco vaga na sociedade. No entanto, para fins de melhor assemelhação da temática, convém sinalizar que o termo será empregado para fazer referência a pessoas públicas que, por terem vasto potencial de influência, engajamento e alcance de público, são contratadas para, mediante remuneração em dinheiro ou permuta, produzir conteúdos que exaltem o produto ou o serviço de determinada empresa.

Em que pese a atuação do Influenciador Digital seja aparentemente próxima das atividades tradicionais de publicidade, propaganda e marketing, elas não devem ser confundidas. Afinal, com o auxílio da internet, há na relação entre o consumidor e o entitulado *influencer* uma sensação de proximidade que não é performável nos modelos de publicidade clássicos. Somado a isso, o produto ou o serviço da empresa é hoje introduzido e divulgado dentro do próprio cotidiano e da rotina desse profissional, o que confere maior credibilidade àquilo que está sendo propagado e, por conseguinte, desperta ainda mais interesse, por parte daqueles que os acompanham, de adquiri-los, aumentando, em muito, o alcance mercadológico do bem.

Portanto, é de se entrever que a atividade por eles exercida deve ser enxergada como uma publicidade diferenciada e potencializada, vez que une a confiança que o público-alvo possui perante o divulgador ao seu testemunho favorável a respeito do produtos e/ou serviços, tendo alto poder de persuasão e, conseqüentemente, desencadeando nos consumidores um desejo imediato,

consciente ou mesmo inconsciente, de aquisição daquilo que está sendo propagado como “essencial”.

Nesse diapasão, para além da discussão acerca do endividamento populacional, a preocupação do legislativo e do judiciário deve se voltar à designação dos limites de atuação destes, e, para tanto, no enquadramento deles na relação de consumo, sobretudo em consideração à vulnerabilidade dos consumidores.

Com relação a esse último ponto, deve ser destacado que o Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90) apenas disciplina as figuras do “consumidor” e do “fornecedor”. Em seu artigo segundo, conceitua “consumidor” como sendo a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, isto é, sem o intuito de transformá-lo em outra coisa ou de revendê-lo. Por sua vez, o termo “fornecedor” é entabulado, em seu artigo terceiro, como referente à pessoa física ou jurídica ou os entes despersonalizados que desenvolvem atividades consistentes na produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.¹

Sob uma análise menos criteriosa do prisma conceitual supramencionado, não seria possível vislumbrar a alocação dos Influenciadores Digitais como fornecedores, porquanto, embora atendam ao aspecto subjetivo, consistente na qualidade de pessoa física, não se adequam ao requisito objetivo, haja vista que não exercem nenhuma das atividades descritas pelo artigo em comento. É esse o posicionamento de Fabio Ulhoa Coelho², para quem profissionais como estes seriam meros agentes contratados para divulgação da mensagem publicitária, estando totalmente vinculados ao conhecimento, orientação e aprovação do empresário anunciante.

Nada obstante, já é possível identificar na doutrina um forte apelo no sentido de enquadrá-los na condição de fornecedores por equiparação – nomenclatura empregada para se referir a um terceiro intermediário da relação de consumo principal, mas que atua frente ao consumidor ou grupo de consumidores como se fornecedor fosse³.

Desse modo, para os defensores dessa corrente, os Influenciadores Digitais sempre atuariam ao lado dos fornecedores reais, ainda que sinalizassem em suas publicações que estariam realizando uma publicidade. No entanto, indaga-se: até que ponto haveria embasamento normativo

¹ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2021.

² COELHO, Fabio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 291.

³ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 83.



e principiológico para tal enquadramento imediato, tendo em vista que o mesmo não é feito com relação às pessoas vinculadas às demais formas de propaganda fora do universo das redes sociais, como *banners*, folhetos e propagandas televisivas?

Assim, é de se consignar que, enquanto a leitura restritiva da norma no sentido de que não há nenhuma possibilidade de enquadramento esbarra no princípio da vulnerabilidade consumerista, o entendimento supramencionado também peca com relação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, ignorando as limitações teórico-interpretativas das normas.

Com isso, à luz dos dispositivos consumeristas, a predileção por uma teoria temperada aparenta ser mais razoável e condizente com o ordenamento jurídico. Através dessa, depreende-se como o mais correto a averiguação a fundo acerca do tipo de estratégia de marketing e publicidade que está sendo desempenhada individualmente pelo profissional, para que só então reste definido seu papel na cadeia de consumo.

Nesse diapasão, caso o influenciador esteja utilizando suas redes sociais tão somente para a divulgação do produto e/ou serviço, em situação assemelhada com o que ocorre nas propagandas televisivas, não haveria como enquadrá-lo na relação de consumo, ao menos não até o presente momento. Por outro lado, na situação em que ele estiver também oferecendo cupom de desconto ou algum outro benefício sob o qual aufera comissão, ele estará obtendo lucro em face das compras realizadas por seu público e, portanto, estará efetivamente participando da cadeia de consumo, na condição de fornecedor por equiparação.

Igualmente deve ser enquadrado nessa condição aquele profissional que, ao realizar suas publicações nos veículos sociais, não identifica que se trata de propaganda remunerada. Afinal, sobretudo nos casos em que o produto ou serviço é anunciado como se estivesse dentro do cotidiano do influenciador, o não esclarecimento quanto ao exercício de atividade publicitária pode proporcionar confusão no consumidor, que por vezes pode atrelar o bem à imagem da pessoa, resultando em dificuldade na visualização do fornecedor real.

Portanto, para que se evitem burlas ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁴ e à guia expedida pelo CONAR que orienta para a aplicação de suas regras ao

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2022.

conteúdo comercial em redes sociais⁵, bem como que para que eventualmente seja possível aplicar as disposições referentes à propaganda enganosa, deve-se considerar que nesses casos o *influencer* estará veementemente atuando na condição de fornecedor equiparado.

Essa situação se amolda essencialmente ao alcance do conceito de “fornecedor” exarado pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados, senão veja:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAL E MORAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - DEFEITO DO PRODUTO - FORNECEDOR APARENTE - MARCA DE RENOME GLOBAL - LEGITIMIDADE PASSIVA - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA EMPRESA RÉ.

Hipótese: A presente controvérsia cinge-se a definir o alcance da interpretação do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, a fim de aferir se na exegese de referido dispositivo contempla-se a figura do fornecedor aparente - e, conseqüentemente, sua responsabilidade, entendido como aquele que, sem ser o fabricante direto do bem defeituoso, compartilha a mesma marca de renome mundial para comercialização de seus produtos.

1. A adoção da teoria da aparência pela legislação consumerista conduz à conclusão de que o conceito legal do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, compreendendo aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor [...].⁶

Por fim, há mais uma situação de equiparação a fornecedor: quando deixa de prestar informação clara e completa sobre determinado produto ou serviço, omitindo-se de sinalizar todos os riscos que ele contenha e de que tenha ou deva ter conhecimento.

A justificativa para a imputação de tamanho ônus reside no fato de que, diferentemente do que ocorre com relação aos participantes de meios de propaganda “tradicionais”, o influenciador possui maior liberdade de criação e negociação de formas de expôr o produto e/ou serviço, não estando necessariamente adstrito à mero texto previamente criado. Ademais, sua capacidade persuasiva é notoriamente acentuada, já que está em contato direto com o seu público, conferindo intrinsecamente o atributo de confiabilidade ao produto.

Perquere-se, assim, obediência aos postulados da boa-fé e da transparência que devem permear os negócios, e ampara-se não apenas no fato de que o direito à informação é um direito do

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). *Guia de Publicidade Por Influenciadores Digitais*. Disponível em: <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2022.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RE nº 1.580.432/SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/671909396/recurso-especial-resp-1580432-sp-2012-0177028-0/relatorio-e-voto-671909443>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

consumidor inculpado no art. 6º do CDC, mas também determinação constante no art. 31 do mesmo diploma⁷.

Desta feita, prestados os devidos esclarecimentos com relação à adequação dos Influenciadores Digitais na cadeia de consumo, perfaz-se vital dar seguimento ao presente estudo, passando-se à analisar a possibilidade de responsabilização destes em vista do ordenamento jurídico brasileiro.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DENOMINADOS *INFLUENCERS*

Em termos sucintos, a expressão jurídica “responsabilidade civil” é empregada para designar a obrigação de reparar um dano causado a outrem em decorrência de uma ação ou omissão que resultou na violação de uma norma jurídica legal ou contratual.

Como de conhecimento notório dos bacharéis de direito, os elementos, evidenciados pelo art. 186 do CC⁸, que compõem essa responsabilidade são a conduta, o dano e o nexo de causalidade. Existem, ainda, autores que acrescentam a culpa genérica (ou *lato sensu*) como um dos pressupostos do dever de indenizar, por não compreendê-la como mero elemento acidental, mas descabida perfaz-se essa discussão no presente momento, restando-nos à análise da temática incontroversa.

Nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁹, conduta é a ação humana, de ordem positiva ou negativa, permeada de voluntariedade, que desemboca no dano ou prejuízo de outrem. Por sua vez, o dano é por eles compreendido como lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.

Já a melhor definição de nexo de causalidade advém de Flávio Tartuce¹⁰, que o consagra como sendo o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil que se constitui da relação de causa e efeito entre a conduta culposa e o dano suportado por alguém. Segundo o autor, esse elemento na responsabilidade objetiva – aquela que independe de culpa – se materializa pela conduta somada à previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸ Artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2022.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1368-1370.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 452.

Conduzindo a matéria à seara consumerista conforme clama a prudência, temos que o Código de Defesa do Consumidor, entre seu artigos 12 e 20¹¹, proclama que sujeitar-se-á à reparação de danos àquele fornecedor que causar danos ao consumidor decorrentes de vício do produto, informações insuficientes ou inadequadas ou, ainda, de falhas na prestação de serviços, independentemente da existência de culpa.

Verifica-se, portanto, que restou consagrada a responsabilidade civil objetiva dentro das relações de consumo, amparada pela teoria do risco do empreendimento, com a única ressalva sendo a dos profissionais liberais, que, conforme o parágrafo segundo do art. 14 do CDC¹², apenas responderão mediante prova da culpa (responsabilidade civil subjetiva). Haja vista que tais previsões conferem uma maior proteção ao consumidor, que naturalmente integra uma posição de maior vulnerabilidade frente ao fornecedor, tem-se como contemplado o princípio da defesa do consumidor pelo Estado, inserido no capítulo da Constituição Federal que cuida dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXII)¹³.

Com isso, depreende-se despicienda a apuração da culpa do fabricante, produtor, construtor, comerciante ou importador. Na realidade, basta que se demonstre a existência de dolo e nexos causal, consubstanciada na comprovação de vício do produto ou serviço ou de um fato do produto ou serviço, para que surja a obrigação de reparo do dano.

No primeiro caso, previsto entre os artigos 18 a 25 da Lei nº 8.078/90¹⁴, a responsabilidade será fundada na ofensa a um direito patrimonial, que pode ser eventualmente cumulada com a ameaça a algum direito extrapatrimonial do consumidor. Nessa situação, o dano é *in re ipsa*, decorrente de vícios de qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor. Aqui também entram os erros de embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária.

No segundo caso, descrito entre os arts. 12 a 17 da Lei nº 8.078/90¹⁵, temos primordialmente uma ofensa a um direito extrapatrimonial, que pode vir a ser cumulada com algum dano patrimonial, ou, ainda, ser fundada apenas na ameaça a algum direito extrapatrimonial do consumidor. Nessa situação, está-se diante de um “acidente de consumo”, isto é, de um acidente

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 03 jan. 2022.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ Ibid.

provocado por produto ou serviço que causa danos ao consumidor. Inclusive, dada sua gravidade, a responsabilidade civil nesse caso é estendida em favor de todas as vítimas do evento.

Em ambas as situações, as únicas hipóteses aptas a exclusão do dever de indenizar são as descritas nos incisos I a III do parágrafo terceiro do art. 12 do CDC¹⁶, quais sejam, a comprovação, por parte do fabricante, construtor, produtor ou importador de que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste ou; que há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. Afora tais situações, o fornecedor invariavelmente torna-se obrigado a ressarcir o consumidor pelos prejuízos causados.

Ultrapassada a apresentação de todo conteúdo indispensável à compreensão do presente tópico, segue-se à análise da responsabilidade civil dos influenciadores digitais.

Conforme concluído no capítulo antecedente, não há regulamentação a respeito do tema e a doutrina e a jurisprudência ainda não chegaram a um consenso. No entanto, o que parece indubitável é que, frente ao consumidor, é possível que eles se sujeitem à responsabilidade civil contida no Código de Defesa do Consumidor, ante a nítida cadeia negocial que permeia essa nova profissão oriunda da modernidade.

Por conseguinte, primeiro deve ser averiguada se a atividade prestada fez com que o agente integrasse o conceito de fornecedor por equiparação. Tal como consignado anteriormente, o mais correto seria averiguar a conduta por ele adotada caso a caso, até que o legislador forneça melhor solução.

Nesse sentido, haverá responsabilidade civil consumerista sempre que a estratégia de divulgação dos produtos ou serviços houver sido acompanhada de cupom de desconto ou algum outro benefício sob o qual aufera comissão e o consumidor tenha experienciado um fato ou vício do produto ou serviço.

Da mesma forma, poderá ser condenado a ressarcir eventuais danos decorrentes de produtos e serviço também aquele que publica o produto ou serviço sem sinalizar, como demanda o CONAR, que a divulgação consiste em publicidade. Afinal, nesse caso as figuras de vendedor e influenciador confundem-se perante o consumidor, assumindo eles a posição de garantidores das informações veiculadas e, conseqüentemente, do produto a ser vendido.

Por fim, é de se consignar que todos aqueles que participam, de alguma forma, da publicidade, possuem o dever de prestar a informação clara e completa sobre o determinado

¹⁶ Ibid.

produto ou serviço. Por esse motivo, o influenciador digital que se omitir do ônus de sinalizar, em suas divulgações, todos os riscos que o produto ou serviço contenha e de que tenha ou deva ter conhecimento, também será instado a indenizar o consumidor lesado.

Não obstante, em qualquer das situações, restará assegurado o direito de regresso destes contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso, e nos termos do parágrafo único do artigo 12 do CDC¹⁷.

Em não se tratando dos primeiros dois casos e não havendo negligência na prestação de informações essenciais de que tenha ciência o influenciador digital, o entendimento que deve preponderar é no sentido de não responsabilizá-lo, porquanto nessa situação ele somente estará atuando como imagem-propaganda de determinado produto ou serviço, não integrando a cadeia de consumo.

Com isso, terá legitimidade passiva para figurar em uma ação indenizatória apenas quem contratou o serviço desse profissional para haver seu produto divulgado, bem como os demais coobrigados da relação consumerista. Entendimento em sentido contrário conferiria muita insegurança jurídica e poderia desestimular o crescimento dessa profissão, em nítida desconformidade com os avanços tecnológicos e comerciais.

Havendo por esgotado toda a temática, torna-se pertinente o estudo de julgados referentes à temática, de forma a exemplificar possíveis casos de responsabilização civil, bem como defender qual fundamentação adequa-se ao melhor direito.

3. ANÁLISE DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: “O CASO VIRGÍNIA”

Tratando-se de profissão relativamente recente, que começou a ganhar destaque ainda na última década, não vislumbram-se muitas decisões jurisprudenciais aptas a ilustrar o presente estudo. No entanto, com o intuito de conferir maior concretude à exposição, aprimorando toda a análise, optou-se por selecionar um caso que fora bastante noticiado e divulgado pela mídia em meados de 2020 (dois mil e vinte).

¹⁷ Ibid.



A sentença em comento foi encontrada em pesquisa no site “Conjur”¹⁸, tendo sido proferida pelo Juizado Especial Cível da Comarca de Barra Mansa, nos autos de nº 0019543-02.2019.8.19.0007. De forma sucinta, no referido processo os autores objetivavam a condenação de uma influenciadora digital, denominada de Virgínia Fonseca, à restituição de valor diante da não entrega de um aparelho celular adquirido em determinado sítio eletrônico por ela divulgado.

Em tal demanda, narrou a autora ter efetuado o pagamento de um telefone, modelo *Iphone 8 Plus*, em loja indicada pela referida profissional em suas redes sociais. Aduziu que o incentivo para a aquisição partiu da aprovação de segurança e qualidade por parte da influenciadora digital, mas foi surpreendida quando o produto não lhe foi entregue, tendo posteriormente descoberto que se tratava de um famoso golpe aplicado no território nacional.

No projeto de sentença do juiz leigo Rafael da Silveira Thomaz, posteriormente homologado pela juíza de direito Lorena Paola Nunes Boccia, entendeu o magistrado que não havia relação de consumo entre a influenciadora e sua seguidora. No entanto, compreendeu pela sua responsabilidade civil objetiva e condenou-lhe ao ressarcimento do prejuízo, com base no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil¹⁹, que descreve que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Nessa decisão, portanto, o juízo entendeu que como a atividade desenvolvida pela ré consistia na exposição, com habitualidade, de produtos de terceiro à venda, seria inerente ao risco do empreendimento que ela houvesse de arcar com prejuízos dela decorrentes. Consignou, no mais, que a influenciadora atua como uma espécie de intermediadora, já que, sem a divulgação promovida pela seu perfil, jamais haveria a contratação do produto.

Data vênia, a referida fundamentação não aparenta ser a mais acertada. A aplicação da teoria do risco *in casu* encontra-se desconexa do próprio artigo que a prescreve, que não comporta tamanha interpretação extensiva. Afinal, a divulgação de produtos e serviços por influenciadores não faz com que eles assumam todo e qualquer risco inerente à venda e entrega dos bens, mas

¹⁸ PORTAL CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). *Processo nº 0019543-02.2019.8.19.0007 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/influenciadora-digital-responde-golpe.pdf>> Acesso em 05 jan. 2022.

¹⁹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> . Acesso em: 05 jan. 2022.

apenas os riscos inerentes à exposição, porquanto esta é a atividade por eles desempenhadas enquanto novos publicitários. Portanto, é de ser afastada a aplicação desse artigo.

Ao mesmo tempo, deve ser refutada qualquer interpretação no sentido de que não haveria responsabilidade jurídica por parte destes sob a premente equiparação deles a profissionais liberais. Nesse sentido, Guimarães²⁰:

As celebridades não poderiam ser conceituadas como profissionais liberais, pois, além de, em regra, não serem contratadas para participar das publicidades por causa de suas qualidades intelectuais ou técnicas – mas sim por qualidades externas, como a beleza, o prestígio, a fama- não são contratadas pelos consumidores intuitu personae, isto é, para cuja escolha foram relevantes os elementos confiança e competência, mas sim impostas a esses pelos anunciantes.

Em contrapartida, ante a vulnerabilidade do consumidor lesado, que apenas adquiriu o produto pela confiança na pessoa da influenciadora, seria plenamente possível postular que Virgínia fosse enquadrada na condição de fornecedora por equiparação. Afinal, o fato de apenas disseminar o produto perante seus seguidores não a inibe ou exime de verificar, anteriormente, a procedência desses. Ao contrário, ocorreria o esvaziamento da norma contida no art. 31 do Código do Consumidor²¹, que prescreve, dentre outras coisas, que a oferta e apresentação de produtos ou serviços deve assegurar informações claras e precisas sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Portanto, nesses casos de fraude, em que o produto é vendido por intermédio de divulgação de influenciador, poderá ele ser equiparado ao fornecedor, tornando-se integrante da cadeia de consumo para fins de responsabilização solidária junto ao lojista fraudador.

Importante sinalizar que, se assim não fosse, adviriam duas consequências nocivas aos consumidores. A primeira delas consiste na implícita permissão de que fosse auferido lucro pelos influenciadores sem qualquer comprometimento com o público, sendo que é inconteste que a aquisição do produto e consequente perda financeira do consumidor não existiria sem que houvesse a divulgação por parte deles. A segunda seria o aumento exponencial na utilização desses profissionais para divulgação de produtos falaciosos e fraudulentos, uma vez que a ausência de responsabilidade tornaria os influenciadores desincumidos de realizar qualquer avaliação e

²⁰ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 196.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

pesquisa mais detalhada sobre as empresas com quem negociam, deixando o consumidor à mercê da própria sorte.

Desta feita, é imprescindível que se estabeleça uma responsabilização dos Influenciadores Digitais em tais casos, inclusive com vistas a estimular que seja feita uma melhor inspeção dos bens e serviços a serem expostos aos seus seguidores. Afinal, a fim de que não hajam frustrações no ambiente negocial, é interessante que a confiança depositada no influenciador acompanhe a confiança exalada por ele quando do desempenho de suas funções.

No caso em comento, o juízo de fato condenou a *digital influencer* ao ressarcimento do valor pago pelo celular não entregue. Contudo, a norma aplicada não deveria ter sido a contida no art. 927 do Código Civil²², mas sim a prevista no art. 14 do diploma consumerista²³, que sinaliza que “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”.

Com isso, verificar-se-ão contemplados os direitos dos consumidores, garantindo-lhes uma maior confiança de contratação em um ambiente digital que, por si só, é permeado de incertezas e inseguranças. Como consequência mediata, o ambiente de negócios se quedará fortalecido, em nítido reforço à livre iniciativa e seus princípios corrolários.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o presente artigo científico objetivou analisar a responsabilidade dos influenciadores digitais para com os produtos e serviços que são por eles divulgados. Buscou-se, com isso, corroborar com um alicerce doutrinário ante a lacuna normativa que ainda permeia essa temática surgida no seio dos avanços tecnológicos.

Para tanto, primeiramente deixou transparecer o preponderante papel dos influenciadores digitais na cadeia de consumo, sinalizando para a capacidade destes de influenciar no comportamento de seus seguidores, gerar opiniões e estimular a aquisição de bens e serviços. Evidenciou, com isso, que a figura desses novos profissionais em nada se equipara com as formas

²² BRASIL, op. cit., nota 19.

²³ BRASIL, op. cit., nota 01.



de propaganda convencionais. O elo criado entre o público e o *influencer* é perfilhado por uma confiança e uma credibilidade nunca antes experienciada.

Como visto no decorrer deste trabalho, isso ocorre por dois motivos. Em primeiro lugar, concluiu-se que as redes sociais trazem uma maior sensação de proximidade entre as partes, já que nela é possível a interação entre o influenciador e seguidor. Além disso, indicou-se que, na medida em que o bem divulgado é inserido nas atividades cotidianas do profissional, opera-se uma espécie de fenômeno pela qual, à nível do subconsciente, o produto ou serviço se destaca da aparência de publicidade e recebe um peso de essencialidade maior quando em comparação com aqueles divulgados em comerciais televisivos, jornais ou banners.

Por todos esses motivos, restou demonstrado que a atividade de marketing e publicidade por eles desempenhada deve ter um tratamento especial e destacado, com vistas a proteger os consumidores em potencial.

Isto posto, contemplando-se todas as doutrinas pertinentes a respeito do tema, a conclusão a que se chegou foi pela possibilidade de enquadramento dos influenciadores digitais ao conceito de fornecedores por equiparação em três casos: quando auferirem comissão sob a venda, quando não identificarem que trata-se de publicidade ou, ainda, quando deixarem de prestar informações essenciais sobre o produto e/ou serviço, sobretudo no que tange aos seus riscos. Nessas situações, consignou-se que eles deverão responder objetiva e solidariamente pelos danos causados aos consumidores, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, com o fito de ilustrar tudo o que foi evidenciado até então, a última passagem consistiu na análise de famoso precedente judicial que circunda a temática. Com isso, buscou-se a sintetização do melhor direito, promovendo-se uma maior adequação dessa nova profissão aos postulados e direitos dos consumidores, guiada sempre pela boa-fé e ética. É de se entrever, contudo, que a referida temática é dotada de imensa complexidade, estando também em constante evolução, motivo pelo qual demandará estudos subsequentes e amplos esforços do legislativo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> . Acesso em: 05 jan. 2022.



_____. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). *Guia de Publicidade Por Influenciadores Digitais*. Disponível em: <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 03 jan. 2022.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RE nº 1.580.432/SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/671909396/recurso-especial-resp-1580432-sp-2012-0177028-0/relatorio-e-voto-671909443>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

COELHO, Fabio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DIAS JÚNIOR, Nélio Silveira. *A responsabilidade civil nas relações de consumo e a facilitação do exercício deste instituto de direito*. Disponível em: <<https://silveiradias.adv.br/a-responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-consumo-e-a-facilitacao-do-exercicio-deste-instituto-de-direito/>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GALLUCCI, Bruno. *A responsabilidade civil dos influenciadores digitais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-23/gallucci-responsabilidade-civil-influenciadores-digitais>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

GUIMARAES, Luciana Soares da Cunha. *A Responsabilidade Do Influenciador Digital Nas Relações De Consumo*. Guanambi-BA, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13525/1/TCC%20II%20-%20RESPONSABILIDADE-DIGITAL%20INFLUENCER%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____, Paulo Jorge Scartezini. *A Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

HAINZENREDER, Tanise Pereira; TABARELLI, Liane. *A possibilidade de atribuição de responsabilidade civil do influenciador digital em razão da indicação de produto ou serviço: alguns apontamentos à luz da tutela consumerista*. Disponível em: <https://puers.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/tanise_hainzenreder.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

JEZLER, Priscila Wândega. *Os influenciadores digitais na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita*. 2017. 77 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25019>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

PEREIRA, Thatiele Jordane; GUIMARÃES, Núbia Guimarães Zanquini Pereira. *Responsabilidade civil dos influenciadores digitais e blogueiros caracterizados como fornecedores na relação de consumo: casos de propaganda enganosa*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6569, 26 jun. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91499>. Acesso em: 14 out. 2021.

PORTAL CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). *Processo nº 0019543-02.2019.8.19.0007 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/influenciadora-digital-responde-golpe.pdf>> Acesso em 05 jan. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Gabriele Bezerra. *Responsabilização solidária entre o influenciador digital e o fornecedor em decorrência de publicidade enganosa por omissão nos produtos anunciados*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 14 out 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56544/responsabilizacao-solidaria-entre-o-influenciador-digital-e-o-fornecedor-em-decorrncia-de-publicidade-enganosa-por-omisso-nos-produtos-anunciados>>. Acesso em: 14 out. 2021.

RODAS, Sérgio. *Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou*. Revista Consultor Jurídico, 2020, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-21/influenciadora-digital-responde-golpe-loja-indicou>>. Acesso em: 5 jan. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

TROIANO, Juliana Moss. *A responsabilidade do digital influencer por dano social*. Curitiba, 2021. Monografia para Bacharel em Direito - Centro Universitário Curitiba, Faculdade de Direito de Curitiba. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13609>>. Acesso em: 5 jan. 2022.

DEMOCRACIA CIBERNÉTICA: A INTERNET COMO FORMA DE INFLUENCIAR NA CRIAÇÃO DAS NORMAS E EFETIVAR O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Marina Teixeira Marques Dos Santos

Graduada pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE). Pós-graduanda no curso *Lato Sensu* de especialização em Direito Público e Privado. Advogada.

Resumo – com a revolução tecnológica e avanço dos meios de comunicação, todos os segmentos da vida foram atingidos. O presente trabalho tem como objetivo analisar o impacto dessas mudanças na construção da opinião pública, bem como a possibilidade do exercício da democracia direta por meio dessas novas ferramentas digitais e construção de uma ágora digital. Defende-se a existência de um novo conceito de democracia, a utilização da internet como ferramenta para efetivar e incentivar a participação popular em todos os âmbitos da Administração Pública, bem como para solucionar a crise de representatividade política. Para tanto, a inclusão digital deve ser reconhecida como direito fundamental, criando políticas públicas para sua concretização.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ciberdemocracia. Participação popular. Cidadania. Direito Fundamental.

Sumário – Introdução. 1. Novo conceito de democracia: a internet como ágora digital. 2. A implementação da *e-democracia* no Brasil. 3. Reconhecimento da inclusão digital como direito fundamental para efetivação do exercício da cidadania. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A internet assumiu importante papel na atual sociedade, inovando nas formas de relacionamento, compras, pagamento, entretenimento e outros. Praticamente todos os segmentos da vida foram atingidos por ela. E por que não a usar para efetivar o exercício da democracia diretamente pelo povo? Tal possibilidade não é novidade e já foi utilizada com êxito em alguns países: em 2013, a Islândia redigiu sua Constituição por meio do Facebook e, no mesmo ano, quando a Cidade do México foi elevada ao *status* de Estado-membro, criou uma plataforma para que a população apresentasse propostas para criação da Constituição da cidade do México.

A presente pesquisa científica enfoca a temática da democracia cibernética, ou seja, a possibilidade de o povo influenciar na criação de normas através das plataformas digitais, efetivando o exercício da cidadania e reforçando a confiança da população nas instituições públicas, tendo como objetivo identificar, analisar, compreender e discutir o novo conceito de democracia frente à nova realidade digital e indagar se a participação popular através da

democracia direta, sem intermediários, é possível no Brasil, sendo um meio eficaz para solucionar a questão da falta de participação popular na política e crise de representatividade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando até que ponto se pode dizer que a internet alterou o conceito de democracia, comprovando que ela é considerada hoje uma ágora digital, que proporcionou o desenvolvimento de um novo conceito de democracia e facilitou a participação popular.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo se é possível sustentar, juridicamente, que a *e-democracia* é possível no Brasil, analisando, com fundamentos legais, a possibilidade do exercício da democracia diretamente pelo povo no Brasil.

O terceiro capítulo analisa a situação econômica Brasileira, considerando que cerca de 20% da população ainda não possui acesso à internet, sendo necessário o reconhecimento da inclusão digital como direito fundamental para efetivar a democracia digital no Brasil.

Para compreensão do tema, são utilizadas doutrinas com o objetivo de analisar a Constituição Federal, para comprovar ou não tal possibilidade. Do mesmo modo, são analisadas as experiências de outros países através de reportagens.

Dessa forma, o trabalho é uma pesquisa exploratória, adotando, primordialmente, o modelo bibliográfico, que é aquele desenvolvido a partir de materiais já elaborados como livros e artigos científicos e o modelo documental.

O método utilizado para desenvolvimento é o fenomenológico que é aquele que busca entender o fenômeno, preocupando em esclarecer o que é dado, considerando o que está presente na consciência do sujeito.

1. NOVO CONCEITO DE DEMOCRACIA: A INTERNET COMO ÁGORA DIGITAL

As redes sociais e as ferramentas que a internet proporciona são apontados por muitos como instrumento para diminuir a distância entre os cidadãos e a política e efetivar o exercício da democracia diretamente pelo povo, renascendo uma forma de democracia que antes estava em desuso: a democracia direta.

Inicialmente, é preciso conceituar democracia. Democracia é uma palavra de origem grega que pode ser traduzida como “o poder do povo” e significa que o povo é fonte e titular do poder. É uma forma de governo que tem como fundamento os princípios da maioria, da igualdade e liberdade.

A Declaração Universal da democracia, assinada em 1997, assim a conceituou¹:

A democracia é um ideal universalmente reconhecido, uma meta que se baseia em valores comuns partilhados pelos povos de todo o mundo, independentemente de diferenças culturais, políticas, sociais e econômicas. É, portanto, um direito básico de cidadania, a ser exercido em condições de liberdade, igualdade, transparência e responsabilidade, com o devido respeito à pluralidade de pontos de vista, no interesse da comunidade.

Segundo José Afonso da Silva², é um "processo de afirmação do povo, de convivência social e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história". O parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece a democracia ao prever que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meios de seus representantes eleitos. Destarte, o conceito de democracia está intimamente ligado à soberania e participação popular.

Como cediço, o poder pode ser exercido pelo povo através da democracia direta, ou seja, aquela que os próprios cidadãos, em comum acordo, exercem os poderes de governo de administrar, legislar e julgar; da democracia indireta ou representativa, na qual o povo elege seus representantes que vão exercer a governança e a democracia semidireta em que existem alguns instrumentos que permitem a participação direta do povo, mas como regra é exercida pelos representantes políticos eleitos.

A Grécia Antiga foi a mais importante civilização do Mundo Antigo e quem inaugurou o modelo de democracia que deu origem a existente nos dias atuais. A cidade de Atenas é considerada berço da democracia e desenvolveu a concepção democrática de governo. A forma de exercer a democracia nessas civilizações era através das Assembleias Populares realizadas na ágora (praça) na qual os cidadãos, debatiam, votavam e resolviam as principais decisões políticas, diretamente, ou seja, sem intermédios de representantes.

Essas civilizações deram origem ao modelo de Democracia Direta ou participativa, na qual o povo, titular do poder, se reúne, discute e decide as questões políticas diretamente, sem necessidade de representantes políticos. Segundo SILVA³, “na democracia participativa há participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo”.

¹ NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral. *Declaração universal da democracia*: resolução A/62/7 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, setembro de 2007. – Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Edição e Publicações, 2012, p. 9. Disponível em <<https://www.interlegis.leg.br/capacitacao/publicacoes-e-modelos/04360.pdf>> Acesso em: 12 mar. 2022.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 125.

³Ibidem.



Em razão do aumento populacional, por óbvio, não é possível exercer a democracia direta tal qual nas cidades gregas, posto que não é possível juntar toda a população pessoalmente numa praça e ouvir a todos para que fossem decididas as questões governamentais.

Explicado o conceito de ágora, fica fácil entender por que a internet pode ser considerada ágora digital: a internet, mais precisamente a rede social, é instrumento que possibilita a reunião de toda uma população em um único lugar, permitindo que sejam realizados debates e até a imposição da vontade popular nas decisões políticas e elaboração de novas leis.

A internet, assim, facilita a “troca de informações rápida e fomenta o interesse da população nos assuntos abordados em rede, e, dessa forma, gera o anseio de participação das mesmas, que buscam expressar sua opinião em relação ao que está sendo debatido”⁴.

Pierre Lévy⁵, criador do termo ciberdemocracia e um dos primeiros estudiosos do tema, em sua obra, explica o termo “ágora digital”:

Graças à nova rede de comunicação global, a própria natureza da cidadania democrática passa por uma profunda evolução que, uma vez mais, a encaminha no sentido de um aprofundamento da liberdade: desenvolvimento do ciberativismo à escala mundial (notavelmente ilustrado pelo movimento de antimundialização), organização das cidades e regiões digitais em comunidades inteligentes, em ágoras virtuais, governos eletrônicos cada vez mais transparentes ao serviço dos cidadãos e voto eletrônico.

No mesmo sentido, Gomes⁶ descreve o potencial da ciberdemocracia:

A ideia de participação da cidadania entendida como ocupação civil da esfera política encontra na internet as possibilidades técnicas e ideológicas da realização de um ideal de condução popular e direta dos negócios públicos. (...) A experiência da internet é vista, ao mesmo tempo, como inspiração para formas de participação política protagonizada pela esfera civil e como demonstração de que há efetivamente formas e meios para a participação popular na vida pública. (...) A democracia digital se apresenta como uma oportunidade de superação das deficiências do estágio atual da democracia liberal.

O tipo de democracia existente no Brasil é a democracia representativa, exercida pelos representantes eleitos do povo que, segundo a Constituição Federal, deve atuar visando a proteção e defesa dos direitos e garantias do povo. No entanto, por terem mandatos de duração

⁴MOREIRA, Caroline Ramires et. al. *Ciberdemocracia e a utilização de ferramentas virtuais para ampliação da participação popular nos governos: Análise do canal virtual e-democracia*. 2017. 13f. 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Ed 2017. UFSM. Santa Maria/RS.

⁵LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p.30.

⁶GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*, v. 7, 2005, p. 214-222.

pré-determinada, irrevogáveis antes do prazo, os representantes acabam por não cumprir tal mandamento, o que gera uma crise de representatividade, legitimidade e credibilidade do sistema político.

Assim, a busca por meios de concretizar a democracia participativa é de suma importância, ainda mais quando se tem um regime democrático representativo falido, que busca resolver os conflitos e criar normas por decisão da maioria parlamentar, que, muitas vezes, não exprime a vontade da maioria e representa os anseios sociais, o que culmina em decisões políticas e legislativas que não representam o povo⁷.

A internet, então, possibilitou o desenvolvimento de um novo conceito de democracia, que encontra nas redes sociais uma espécie de ágora digital e facilita a participação popular na tomada de decisões políticas e, futuramente, pode concretizar o modelo de democracia direta, possibilitando que o povo exerça diretamente o seu poder, sem necessidade de representantes ou aumentando os institutos de participação popular já existentes como plebiscito e referendo, melhorando a forma de governo e a crise de identidade política que hoje assola o país.

2. A IMPLEMENTAÇÃO DA E-DEMOCRACIA NO BRASIL

O impulso tecnológico da internet e das redes sociais propicia a liberdade de expressão e opinião, bem como facilita os debates e deliberações, o que favorece a participação da população em todas as esferas de poderes.

O primeiro grande movimento político liberado e organizado pela rede social foi a onda revolucionária conhecida como “Primavera Árabe”, que ocorreu no Oriente Médio, a partir de 2010, onde as redes sociais foram o principal combustível para as revoluções que ocorreram⁸, pois os cidadãos ali puderam discutir e se organizar para exigirem seus direitos e realizarem seus protestos, que resultaram na queda de diversos chefes de Estado e governo. No Brasil, em junho de 2013, foram realizadas diversas manifestações em razão do aumento da tarifa de ônibus, todas planejadas e organizadas por meio das redes sociais.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo de formação das leis no Direito Constitucional*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1965, p. 24.

⁸BORGES, Thassio. *Redes sociais foram o combustível para as revoluções do mundo árabe*. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/18943/redes-sociais-foram-o-combustivel-para-as-revolucoes-no-mundo-arabe>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

Percebe-se, com esses exemplos, o poder que o povo possui através das ferramentas tecnológicas de informação. Aires José Rover⁹, define a tecnologia digital como uma natureza revolucionária que facilita o desenvolvimento da sociedade:

A internet é o monumento supremo do poder da comunicação digital, relativizando com limitações de espaço e tempo. Ali há informação precisa, abundante e barata fica ao alcance de todos e o produto ou serviço não é mais o centro do negócio, mas o consumidor/cidadão informado (...) A internet assumiu um papel fundamental para o controle e fiscalização da administração pública, bem como para desburocratizar as relações entre Estado e cidadãos/consumidores. As possibilidades oferecidas pelas diversas tecnologias de informação podem permitir a participação de uma grande maioria permanentemente excluída das decisões políticas.

O próprio atual presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, que realizou sua campanha eleitoral focada na internet, utilizando como estratégia a proximidade com o cidadão, em seu discurso na cerimônia de diplomação no Tribunal Superior Eleitoral em 2018, reconheceu a força do poder popular na internet, ao afirmar que “as eleições revelaram uma realidade distinta das práticas do passado. O poder popular não precisa mais de intermediação. As novas tecnologias permitiram nova relação direta entre o eleitor e seus representantes”¹⁰.

Com o avanço da tecnologia e aumento dessa percepção, a internet vem sendo cada vez mais integrada e utilizada. Por exemplo, conselhos profissionais estão utilizando da internet para realizar votações e definir seus representantes, o Congresso Nacional vota diariamente seus projetos através de sessões virtuais e declaração de tributos, como o Imposto de Renda, é feito exclusivamente por meio eletrônico.

Entretanto, reduzir a *e-democracia* somente a estas pequenas conquistas é desprezar a potência de tal instrumento. Suas possibilidades são tamanhas que alguns autores como ROVER¹¹ chegam a defender a possibilidade de existência de uma democracia direta plena da população, podendo propor, votar e efetivamente participar da criação de novas legislações e decisões políticas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece como princípio a soberania popular, na qual o povo detém todo o poder político, sendo o Estado criado e sujeito a vontade destes.

⁹ROVER, Aires José. A democracia digital possível. *Revista Seqüência*, nº52, p. 85-104, jul. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15202/13827>>, p. 96-98. Acesso em: 01 mar. 2022.

¹⁰ MAZUI, Guilherme. *'Poder popular não precisa mais de intermediação', diz Bolsonaro no discurso da diplomação*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/10/poder-popular-nao-precisa-mais-de-intermediacao-diz-bolsonaro-no-discurso-da-diplomacao.ghtml>>. Acesso em: 10 mar. 2022

¹¹ROVER, op. cit., p. 99.



A Carta Magna¹² estabelece que essa soberania será exercida por meio do sufrágio universal, voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular. Sendo assim, com a devida adequação da Constituição Federal por meio da inserção de previsão do exercício da soberania popular através dos meios eletrônicos, sua regulamentação por leis próprias e a construção de políticas públicas para concretizá-la, a possibilidade de democracia direta não seria utopia.

Pode-se observar que até mesmo a máquina pública vem buscando novas formas de participação popular. No âmbito legislativo, os sites do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, como forma de tentar viabilizar a iniciativa popular, destinaram um setor denominado “*e-democracia*” na qual é possível que o cidadão envie e apoie ideias para novas leis. No entanto, tal ferramenta não se mostrou efetiva, pois, a título de exemplo, apenas 33 ideias apresentadas ao Senado Federal através de seu site foram transformadas em Projeto de Lei ou PEC.¹³

O acesso à justiça é um dos pilares do exercício da democracia. Por isso, no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também vem buscando instrumentos para implementar, gradativamente, o meio eletrônico para efetivação da prestação jurisdicional através de iniciativas como virtualização de seus processos, construção de varas exclusivamente digitais, audiências virtuais, dentre outras. Em 2021, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro lançou o aplicativo Maria da Penha Virtual, por meio do qual é possível que a mulher em situação de perigo doméstico solicite medida protetiva de urgência sem precisar sair de casa ou comparecer à uma delegacia, bastando preencher um formulário com os dados, fotos, vídeos e áudios pela internet, encaminhado diretamente para apreciação dos juizados da violência doméstica¹⁴.

No âmbito do Poder Executivo, o Governo Federal criou, em 2016, o portal gov.br que “reúne, em um só lugar, serviços para o cidadão e informações sobre a atuação do Governo Federal”.¹⁵ Através do portal é possível acesso a outras plataformas como a) MEU ISS, na qual é possível consultar o CNIS do trabalhador, simular a aposentadoria, bem como ingressar com o requerimento de benefícios assistenciais; b) REGULARIZE, onde é possível ingressar com

¹²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 jan. 2022.

¹³BRASIL. Senado Federal. *Ideia Legislativa: proponha e apoie ideias para novas leis*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/principalideia>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

¹⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Maria da Penha virtual*. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/mariapenhavirtual/>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

¹⁵BRASIL. Senado Federal. *Ideia Legislativa: proponha e apoie ideias para novas leis*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/principalideia>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

processos administrativos, emitir certidões e realização de parcelamento de tributos federais, por exemplo; c) ConectSUS, que permite o acesso a carteira de vacinação, exames, internações, medicamentos e consulta à fila de espera de cirurgias; d) Carteira Nacional de Trânsito, possibilitando o acesso à CNH digital, pagamento de multas e emissão de documentos de veículos automotores. Tais medidas são de suma importância para conectar o cidadão ao Governo, facilitando a participação do cidadão na democracia.

Por certo, não será viável a implementação imediata de uma democracia digital direta, mas tal possibilidade não é impossível ao longo prazo, uma vez que resta comprovada que a tecnologia está sendo usada de forma cada vez mais intensiva em todos os âmbitos estatais, ampliando a transparência das ações governamentais, incentivando a melhoria da gestão pública, o atendimento ao cidadão e a participação popular, bem como possibilitando o efetivo exercício da cidadania.¹⁶

Sendo assim, verifica-se que é possível juridicamente a implementação da democracia cibernética no Brasil. Contudo, para que o exercício da democracia digital seja possível, é necessário que se reconheça um novo direito fundamental: o da inclusão digital, permitindo o acesso universal da internet a todos.

3. RECONHECIMENTO DA INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL PARA EFETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Segundo Roger¹⁷, “a construção de uma democracia digital não pode ser encarada como uma possibilidade, mas como uma necessidade”, devendo ser criados mecanismos digitais para que o cidadão seja ouvido. Contudo, a realidade brasileira ainda é um entrave para alcançar esse fim.

A última pesquisa realizada e divulgada pelo Comitê Gestor da Internet¹⁸ no Brasil, apontou que 81% da população com mais de 10 anos tem acesso à internet em casa, ou seja, quase 20% da população ainda se encontra excluída digitalmente. Percentualmente pode parecer pouco, mas tendo em vista que, segundo o IBGE¹⁹, o Brasil possui mais de 214 milhões de habitantes, cerca de 42 milhões de brasileiros não estão conectados.

¹⁶ ROVER, op. cit., p. 99.

¹⁷ Ibid., p. 102.

¹⁸ CETIC. *Resumo Executivo Pesquisa TIC Domicílios 2020*. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/publicacao/resumo-executivo-pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-domicilios-brasileiros-tic-domicilios-2020/>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

¹⁹ IBGE. *População do Brasil*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Levando em consideração essas informações, para que seja possível o estabelecimento pleno da *e-democracia* no país, é necessário reconhecer a inclusão digital como um direito fundamental, a fim de que sejam realizadas políticas públicas com vistas a satisfazer esse direito.

Para fomentar tal discussão, convém trazer à baila um breve resumo de direito fundamental. Direitos fundamentais são o fundamento do sistema político dos Estados Democráticos de Direito, pois são direitos mínimos que cada cidadão deve possuir para existir de forma digna dentro de uma sociedade. São exemplos o direito à vida, igualdade, liberdade de expressão, propriedade, saúde e lazer.

Marinoni²⁰ define direitos fundamentais como “posições jurídicas, mínimas e impreteríveis, da pessoa humana, positivadas e outorgadas no constitucionalismo intrínseco a cada Estado”. Diferenciam-se dos direitos humanos, pois estes são reconhecidos no plano internacional e positivados por meio de Tratados e Convenções, enquanto aqueles são reconhecidos e positivados de forma interna na Constituição Federal.

Todavia, o conceito de direitos fundamentais não se limita àqueles elencados de forma expressa no artigo 5º da Carta Magna. Isso porque o rol não é taxativo, tampouco exaustivo.

O parágrafo segundo do dispositivo supracitado²¹ estabelece a chamada cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, que possibilita o reconhecimento de outros direitos como fundamentais, que, embora não estejam geograficamente inseridos no rol do artigo supracitado, possuem mesma importância²².

Em sua obra, Ingo Sarlet²³ afirma que há dois grupos de direitos fundamentais: a) os expressamente positivados ou escritos e b) os não escritos ou implícitos. O primeiro grupo é composto por aqueles que estão previstos na Constituição ou em Tratados Internacionais. Já os direitos implícitos são aqueles que podem ser subentendidos, pois decorrem dos regimes e princípios adotados pela CRFB/88. Nas palavras de Sarlet²⁴:

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p 36 e 66.

²¹ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. BRASIL, op. cit., nota 12.

²² SILVA, Cristiano da. *A amplitude e o significado prático da cláusula de abertura do artigo 5º, §2º da Constituição*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9393/a-amplitude-e-o-significado-pratico-da-clausula-de-abertura-do-art-5-2-da-constituicao>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 87.

²⁴ Id. *Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais?* Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

[...] abrangem todas as posições jurídicas fundamentais não explicitamente consagradas pelo texto constitucional, mas que podem ser deduzidos de um ou mais direitos (e mesmo princípios) expressamente consagrados, em geral mediante a reconstrução (ampliação) hermenêutica do âmbito de proteção de um determinado direito.

É nesse segundo grupo que o direito à inclusão digital se encontra, pois está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos de 3ª geração. Nesse sentido defende Victor Hugo Gonçalves²⁵ em sua dissertação:

Alguns juristas entendem a inclusão digital como direito difuso e inserido no contexto dos direitos civis infraconstitucionais, com o qual não concordamos. A inclusão digital deve ser pensada com algumas qualidades intrínsecas e extrínsecas que lhe conferem o atributo de direito humano fundamental, pois diretamente ligada à dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, verifica-se que não é necessária a promulgação de emendas para expressamente incluir esse direito no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental material, cuja aplicação depende exclusivamente de interesse político.

Além de ser considerada um direito fundamental, a inclusão social é viabilizadora de direitos fundamentais, pois através do acesso à internet é possível a criação de uma nova ágora, tal qual explicitado nos capítulos anteriores, propiciando o exercício efetivo da cidadania, com a liberdade de expressão, opinião, fomento de debates e deliberações que favorecem a participação cidadã em todas as esferas da Administração Pública.

Para o reconhecimento da inclusão digital como um direito fundamental, o governo deve desenvolver políticas públicas que possibilitem o efetivo exercício desse direito. De início, se faz mister a criação de programas de facilitação à aquisição de equipamentos tecnológicos como computadores, celulares e tablets. Além disso, é imprescindível que se garanta o amplo acesso à rede mundial de internet, com alcance universal e de qualidade em todo território nacional, através de redes banda larga e 4G, de forma não discriminatória.

Ademais, deve-se combater o analfabetismo eletrônico por meio da capacitação da população para utilização dos aparelhos. Essa educação no meio digital deve, desde já, ser implementada para as crianças nas escolas e, igualmente para os adultos através de programas e cursos que ensinem não só informática, mas também noções básicas de cidadania para que possam futuramente, de forma facilitada pelos meios digitais, pleitearem seus direitos.

²⁵ GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *Inclusão digital como direito fundamental*. 2011. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

Assim, com a efetiva democratização do acesso à internet, restará viabilizada a participação cidadã digital, alcançando-se, futuramente, a possibilidade de exercício da democracia direta.

CONCLUSÃO

Este trabalho apresentou, como problemática central, a possibilidade da utilização da tecnologia de informação e comunicação, como as redes sociais, para efetivar o exercício da democracia diretamente pelo povo, seguindo o exemplo de outros países que obtiveram êxito nesse modelo.

A pesquisa foi realizada com o objetivo de comprovar que a participação popular sem intermediários, é possível no Brasil. Verificou-se que há um novo conceito de democracia, que pode ser denominada como ciberdemocracia ou *e*-democracia e que a internet pode ser considerada uma nova ágora, posto que é um instrumento que possibilita a reunião de toda uma população em um único lugar.

Restou evidenciado e comprovado, sobretudo no capítulo 2, que os meios tecnológicos de informação e comunicação já estão inseridos no dia a dia de grande parte da população e que o Poder Estatal já desenvolveu inúmeras ferramentas que ampliam e incentivam a participação popular, sendo necessário apenas aperfeiçoá-las. Vale ressaltar que o exercício da democracia não é apenas poder interferir nas decisões políticas, mas poder exercer qualquer ato de cidadania, podendo expressar sua opinião e fomentar debates.

O grande impasse, no entanto, é o analfabetismo digital e o acesso à internet que deve ser universal. Como visto e comprovado através de pesquisas, parcela da população ainda não tem acesso a essa ferramenta. Por isso, reconhecer a inclusão digital como direito fundamental é importante para que sejam realizadas e efetivadas políticas públicas com vistas a fornecer e educar os cidadãos acerca das novas plataformas de comunicação e assim, exercer a sua cidadania.

Em que pese não haver dispositivo na Constituição Federal que expressamente reconheça a inclusão digital como direito fundamental, este deve ser reconhecido implicitamente, além de estar intimamente ligado a dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos de 3ª geração.

Diante do exposto, a conclusão que a pesquisa chegou foi a de que a internet é uma forma de devolver para o povo, titular do poder político, seu poder perdido e entregue nas mãos de representantes que, por muitas vezes, não representam os interesses da população.



Assim, a ideia de democracia direta através da participação popular por meio das ferramentas de comunicação digital não é utópica, mas possível, devendo ser encarada como uma necessidade, sobretudo em uma sociedade que sofre com a crise de representatividade política.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Raissa Da Silva Santos. *Crowdsourcing: o Poder Constituinte e a esfera pública virtual*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 set 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53760/crowdsourcing-o-poder-constituente-e-a-esfera-pblica-virtual>>. Acesso em: 09 set 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES, Thassio. *Redes sociais foram o combustível para as revoluções do mundo árabe*. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/18943/redes-sociais-foram-o-combustivel-para-as-revolucoes-no-mundo-arabe>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 jan. 2022.

_____. Senado Federal. *Ideia Legislativa: proponha e apoie ideias para novas leis*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/principalideia>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Maria da Penha virtual*. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/mariapenhavirtual/>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

CETIC. *Resumo Executivo Pesquisa TIC Domicílios 2020*. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/publicacao/resumo-executivo-pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-domicilios-brasileiros-tic-domicilios-2020/>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*, v. 7 n. 3, 2005, p. 214-222. Portal de Periódicos Unisinos.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *Inclusão digital como direito fundamental*. 2011. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.



GUEIROS, Pedro; LEME, Fernanda Paes; SARAIVA, Thais. *Democracia cibernética?* Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/349326/democracia-cibernetica>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

HOFFMAM, Fernando. *Possibilidades e desafios para uma (Ciber)democracia mundial*. São Paulo: Prisma Jurídico. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93449444003>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

IBGE. *População do Brasil*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php>. Acesso em: 10 mar. 2022.

LENZA, Pedro. *Crowdsourcing Constitution: perspectivas de uma nova forma de democracia e de participação popular por meio das redes sociais*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/crowdsourced-constitution/15734>>. Acesso em: 09 jan. 2022.

LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

LIESEN, Maurício. Paradoxos da democracia cibernética: uma crítica à participação política na era da racionalidade algorítmica. *Revista Compólitica* 8. VIII Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política realizado de 15 a 17 de maio de 2019. Brasília. Disponível em <http://ctpol.unb.br/compolitica2019/GT1/gt1_Liesen.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

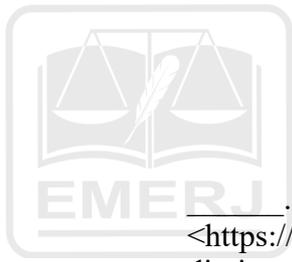
MAZUI, Guilherme. *'Poder popular não precisa mais de intermediação', diz Bolsonaro no discurso da diplomacia*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/10/poder-popular-nao-precisa-mais-de-intermediacao-diz-bolsonaro-no-discurso-da-diplomacao.ghtml>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

MOREIRA, Caroline Ramires et. al. *Ciberdemocracia e a utilização de ferramentas virtuais para ampliação da participação popular nos governos: Análise do canal virtual e-democracia*. 2017. 13f. 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Ed 2017. UFSM. Santa Maria/RS.

NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral. *Declaração universal da democracia*: resolução A/62/7 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, setembro de 2007. – Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Edito-ração e Publicações, 2012. Disponível em < <https://www.interlegis.leg.br/capacitacao/publicacoes-e-modelos/04360.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

ROVER, Aires José. A democracia digital possível. *Revista Sequência*, nº52, p. 85-104, jul. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15202/13827>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.



_____. *Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais?* Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

SILVA, Cristiano da. *A amplitude e o significado prático da cláusula de abertura do artigo 5º, §2º da Constituição.* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9393/a-amplitude-e-o-significado-pratico-da-clausula-de-abertura-do-art-5-2-da-constituicao>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Princípios do processo de formação das leis no Direito Constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

VITA, Valquíria. Como a Islândia reescreveu sua Constituição via Facebook *Revista Superinteressante*, São Paulo, ano 30, out 2016. Disponível em <<https://super.abril.com.br/comportamento/cutucaram-a-constituicao/>>. Acesso em: 09 jan. 2022.

A ADOÇÃO DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mayummy Cyrne Tani

Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ). Advogada.

Resumo— considerando os inúmeros casos de abortos e abandonos de recém-nascidos no Brasil, o presente artigo discute a possibilidade da adoção do nascituro na ordem jurídica. Para tanto, analisando as teorias doutrinárias natalista, concepcionista e da personalidade condicional, bem como o entendimento jurisprudencial dos tribunais do país, defende-se que o nascituro é sujeito de direitos e, logo, pode figurar como adotando em eventual processo de adoção. Diante da omissão legislativa do Código Civil de 2002, a partir do exame dos apontamentos controvertidos da doutrina e jurisprudência a respeito do tema, conclui-se pela possibilidade da adoção do ente concebido, especialmente, a modalidade *intuitu personae* à luz do princípio do melhor interesse da criança. Assim, a adoção do nascituro funcionaria como um instrumento jurídico na tutela dos direitos à vida e à convivência familiar da criança em todas as suas fases do desenvolvimento humano.

Palavras-chave— Nascituro. Sujeito de direitos. Personalidade jurídica. Adoção *intuitu personae*. Adoção do nascituro.

Sumário— Introdução. 1. O nascituro como sujeito de direitos na ordem jurídica interna. 2. A controvérsia acerca da possibilidade de adoção do nascituro. 3. A eventual adoção *intuitu personae* no direito brasileiro. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da adoção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, a *intuitu personae*. Para tanto, abordam-se as controvertidas teorias doutrinárias e a jurisprudência dos tribunais pátrios, diante do silêncio legislativo a respeito do tema.

No que tange aos direitos do nascituro, verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura o direito à vida (art. 5º, *caput*, CRFB) e o direito à convivência familiar (artigo 227, CRFB). No entanto, um enorme desafio imposto aos juristas brasileiros e aos demais membros da comunidade humana é o de efetivamente protegê-los.

Nesse cenário, embora inexistam dados oficiais completos sobre os números de abortos e do abandono de recém-nascidos no Brasil, é notável que tais violências contra crianças são uma realidade marcante na sociedade brasileira.

Assim, emerge a necessidade de examinar o cabimento da adoção do nascituro, como um instrumento jurídico cabível para coibir essas práticas e assegurar de forma efetiva os direitos e garantias constitucionais das crianças (nascituras e nascidas). Destarte, essa análise perpassa pela observação de algumas questões a seguir expostas.

Considerando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca de quando se dá o início da personalidade jurídica da pessoa humana, pode-se entender que o nascituro é um sujeito de direitos? E, afinal, o nascituro pode figurar como adotando em um processo de adoção?

Além disso, tendo em vista a omissão legislativa do Código Civil de 2002 sobre a possibilidade da adoção do nascituro, analisando as posições doutrinárias acerca do tema, há se falar em sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro?

Ainda, a adoção *intuitu personae* é cabível no ordenamento jurídico brasileiro? A adoção *intuitu personae* é a que efetivamente adequa-se à situação do nascituro?

Posto isso, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho defendendo que ao analisar as teorias doutrinárias - natalista, concepcionista e condicionada - e a jurisprudência dos tribunais no Brasil sobre o início da personalidade civil da pessoa humana, o nascituro é considerado um sujeito de direitos na ordem jurídica interna. Em razão disso, pode figurar como adotando em eventual processo de adoção.

No segundo capítulo, por sua vez, objetiva-se demonstrar a compatibilidade da adoção do nascituro com o ordenamento jurídico pátrio, apesar da omissão legislativa do Código Civil de 2002 e da controvérsia doutrinária a respeito do seu acolhimento.

Por fim, no terceiro capítulo, examina-se o cabimento da adoção *intuitu personae* no direito brasileiro, tendo em vista as posições da doutrina e da jurisprudência. Dessa forma, procura-se concluir que tal modalidade é possível e, também, a mais adequada ao caso do adotando nascituro.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, pois a pesquisadora pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco - legislação, doutrina e jurisprudência - analisada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar fundamentadamente a tese defendida.

1. O NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITOS NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

Inicialmente, o Código Civil de 2002¹ prescreve em seu artigo 2º que a personalidade civil da pessoa humana se inicia do nascimento com vida, mas a lei protege os direitos do nascituro desde a concepção. Dessa forma, a partir da análise do mencionado dispositivo legal, emerge uma questão de alta investigação na doutrina acerca de quando se dá o início da personalidade civil humana.

Acerca desse questionamento, Caio Mário da Silva Pereira² apontava que o problema do início da personalidade jurídica “[...] fala de perto à indagação de quando tem começo a existência do ser humano confundindo-se numa só a resposta a ambas as perguntas.”

Nesse sentido, Gonçalves³ aponta que há três teorias explicativas da situação do nascituro, são elas: a natalista, a concepcionista e a da personalidade condicional. Assim, vejam-se as bases de cada uma delas a seguir expostas.

A teoria natalista é adotada pela doutrina tradicional, estando entre os seus adeptos, Caio Mário da Silva Pereira⁴. Essa linha de entendimento, de acordo com a lição do doutrinador, compreende que o nascituro não é considerado uma pessoa, logo, não possui personalidade jurídica. Isso porque, se entende que esta última pressupõe a existência de duas condições, quais sejam, o nascimento e a vida.

Desse modo, o Código Civil brasileiro teria adotado a teoria natalista, explicando Pereira⁵ sobre o preenchimento dos requisitos supracitados o seguinte:

[...] é necessário e suficiente para preencher a condição do nascimento, que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria. A *vida* do novo ser configura-se no momento em que se opera a primeira troca oxcarbônica no meio ambiente. Viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que pereça em seguida. Desde que tenha respirado, viveu: a entrada de ar nos pulmões denota a vida, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical e a sua prova far-se-á por todos os meios, como sejam o choro, os movimentos e essencialmente os processos técnicos de que se utiliza a medicina legal para a verificação do ar nos pulmões [...].

Já a teoria da personalidade condicional, a qual se filia Miguel Maria de Serpa Lopes, Arnaldo Rizzardo e Washington de Barros Monteiro⁶ conclui que:

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181.

³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 19. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 39.

⁴PEREIRA, op. cit., p. 184.

⁵Ibid.

[...] discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade [...].

Em outras palavras, como também assevera Gonçalves⁷, esta teoria aduz que o nascituro é uma espécie de pessoa condicional, na medida em que seus direitos estão sob condição suspensiva, a saber, o nascimento com vida. Motivo pelo qual os citados civilistas prelecionam que se trata de um desdobramento da teoria natalista, visto que o nascituro seria apenas titular de uma expectativa de direitos.

No entanto, uma das críticas feita aos adeptos desta corrente do pensamento jurídico por Tartuce⁸ é a de que se estaria condicionando ser uma pessoa ou não aos direitos patrimoniais. Pois, afinal, uma pessoa não poderia ser considerada como tal apenas por sua capacidade de titularizar direitos patrimoniais, uma vez que existem os direitos pessoais, como o direito à vida, fonte primária dos demais direitos.

Por último, a teoria concepcionista defende que o nascituro é pessoa humana e, portanto, possui personalidade jurídica desde a concepção. Essa é considerada a corrente doutrinária majoritária e assinalada por Tartuce⁹, tendo como principais expoentes, Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal.

Segue nessa mesma toada, o Enunciado nº 1, do Conselho da Justiça Federal¹⁰, aprovado na I Jornada de Direito Civil preceitua que a proteção legal do art. 2º do Código Civil abrange os direitos da personalidade – nome, imagem e sepultura – do nascituro e do natimorto.

Outrossim, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a inviolabilidade do direito à vida, bem como possui como objetivo fundamental da República, a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação e o dever da família, da

⁶MONTEIRO apud GONÇALVES, op. cit., p. 40.

⁷Ibid.

⁸TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 126/127.

⁹Ibid.

¹⁰BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. *Enunciadonº 1*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/647>>. Acesso em: 05 out. 2021.



sociedade e do Estado de assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, consoante disposto nos artigos 3º, 5º e 227, da CRFB/88¹¹.

No plano infraconstitucional, o crime de aborto encontra-se classificado no Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no capítulo “Dos Crimes Contra a Vida” do ¹²Código Penal. Em suma, a vida do feto é o bem jurídico tutelado penalmente pela legislação brasileira, adotando-se a teoria concepcionista.

Além disso, Gonçalves¹³ destaca que há um sistema de proteção ao nascituro no ordenamento jurídico interno:

[...] assim, é obrigatória a nomeação de um curador, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar (art. 1.779); pode o nascituro ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1.609, parágrafo único); pode receber doação (art. 542) e ser contemplado em testamento (art. 1.798); tem direito a uma adequada assistência pré-natal (ECA, art. 8º) [...].

Nesse liame, cumpre ressaltar também o advento da Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008¹⁴- lei dos alimentos gravídicos - como um marco na proteção dos direitos do nascituro e reforço à teoria concepcionista, embora Chinelatto¹⁵ critique a terminologia adotada pelo legislador. Isso porque o foco não deveria estar na mãe ou no estado biológico gestacional da mulher, mas sim no nascituro, que é o verdadeiro titular de direito dos alimentos.

Gonçalves¹⁶ frisa que o Supremo Tribunal Federal possui um entendimento controvertido acerca das teorias do início da personalidade jurídica. Desse modo, com a finalidade de exemplificar a polêmica, o referido jurista menciona alguns julgados da Corte Suprema.

O primeiro é o julgamento do RE nº 99.038, no ano de 1993, em que a 2ª Turma do STF¹⁷ decidiu que a proteção do nascituro é apenas da expectativa do direito, caso ele venha a

¹¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹²BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹³GONÇALVES, op. cit., p. 40.

¹⁴BRASIL. *Lei nº 11.804*, de 5 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹⁵CHINELATTO apud TARTUCE, op. cit., p. 131/132.

¹⁶GONÇALVES, op. cit., p. 40.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 99038 MG*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14685789/recurso-extraordinario-re-99038-mg>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

nascer vivo. De outra forma, na Reclamação nº 12.040/DF, por seu Tribunal Pleno¹⁸, fora reconhecido o direito ao reconhecimento da filiação do nascituro com a garantia da perfilhação.

Outrossim, Gonçalves¹⁹ afirma que na ADI nº 3.510/2008²⁰, em que fora declarada a inconstitucionalidade da autorização legal para a manipulação de células-tronco de embrião excedentário sem finalidade reprodutiva, o relator destacou que apenas seriam pessoas físicas as que sobrevivessem ao parto. Ou seja, nessa perspectiva, adotou-se a teoria natalista.

Por outro lado, Tartuce²¹ aponta que a teoria concepcionista é acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, cita alguns julgados, entre eles: a) o reconhecimento de dano moral ao nascituro pela morte de seu genitor antes do seu nascimento no REsp nº 399.028/SP²², 4.^a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.02.2002, *DJ* 15.04.2002, p. 232; b) o reconhecimento de dano moral ao nascituro no caso envolvendo Rafinha Bastos e Wanessa Camargo, então grávida, no REsp nº 1.487.089/SP²³, 4.^a Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 23.06.2015; c) o tratamento igualitário entre filhos nascidos e o nascituro na hipótese de acidente do trabalho que vitimou o seu genitor no REsp nº 931.556/RS²⁴, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.06.2008, *DJe* 05.08.2008 e d) a indenização do seguro obrigatório por acidente de trânsito - DPVAT – em razão da morte do nascituro no REsp nº 1120676/SC²⁵, 3.^a Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 12.040 DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/141710782/reclamacao-n-12040-do-stf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

¹⁹GONÇALVES, op. cit., p. 40.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=61172>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²¹TARTUCE, op. cit., p. 128/133.

²²BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 399082 SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18388&nreg=200101473190&dt=20020415&formato=PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1487089 SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 931556 RS*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790512/recurso-especial-resp-931556-rs-2007-0048300-6/inteiro-teor-12802310>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1120676 SC*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19127963/recurso-especial-resp-1120676-sc-2009-0017595-0-stj>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.12.2010, *DJe* 04.02.2011 e no REsp nº 1.415.727-SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.09.2014, *DJe* 29.09.2014²⁶.

Pelo exposto, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria concepcionista, de maneira que o nascituro é considerado pessoa e, portanto, sujeito de direitos. Em razão disso, vislumbra-se que caso seja cabível a adoção do nascituro, esse terá legitimidade para figurar como adotando em eventual processo de adoção.

2. A CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DO NASCITURO

Após a conclusão de que o nascituro é sujeito de direitos na ordem jurídica, de acordo com a teoria concepcionista, cabe o exame acerca do cabimento da adoção daquele ente concebido e ainda não nascido no Direito brasileiro.

Sérgio Abdalla Semião²⁷ preleciona que o Código Civil de 1916²⁸ em sua redação original possuía previsão em seu artigo 372²⁹ de que não se poderia adotar sem o consentimento da pessoa, debaixo de cuja guarda estivesse o adotado menor ou interdito.

Contudo, como aponta Abdalla³⁰, a Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957³¹ alterou a redação original do supracitado dispositivo legal, a fim de assentar que não é possível a adoção sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal, tratando-se de incapaz ou nascituro. Destarte, por meio desta alteração legislativa passou a ser nítido o acolhimento do instituto da adoção do ente concebido e não nascido.

Posteriormente, o autor³² afirma que a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990³³ (Estatuto da Criança e do adolescente) reproduziu o teor original do já revogado art. 372 do Código Civil de 1916³⁴, dispondo acerca da necessidade de consentimento dos pais ou representantes legais do adotando, sem mencionar o nascituro.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 547*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/informjurisdata/issue/view/661/showToc>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁷SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2000, p. 80.

²⁸BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

²⁹Ibid.

³⁰SEMIÃO, op. cit., p. 80.

³¹BRASIL. *Lei nº 3133*, de 8 de maio de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3133.htm#:~:text=LEI%20No%203.133%2C%20DE,Art>. Acesso em: 13 fev. 2022.

³²Ibid.

³³BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 28.

Entretanto, o Código Civil de 2002³⁵ silencia acerca da possibilidade da adoção do nascituro. Por isso, em razão da referida omissão legislativa, cumpre perquirir as posições doutrinárias sobre o tema.

Para autores como William Artur Pussi³⁶ não seria possível a adoção do ente concebido e não nascido. Na medida em que o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁷ ao tratar do tópico da adoção não menciona os nascituros, mas apenas crianças e adolescentes, além de ser necessária a intervenção judicial.

A civilista Maria Berenice Dias³⁸, por sua vez, também defende a impossibilidade da adoção do nascituro. Isso porque configuraria uma adoção *intuitu personae*, a qual não seria cabível pela necessidade de um estágio de convivência entre o adotante e o adotado, bem como em razão de uma apontada incompatibilidade entre o nascimento da criança (acontecimento incerto) e a natureza do regime definitivo de parentesco.

Além disso, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁹ mencionam que o Brasil encontra-se comprometido com a Convenção de Haia⁴⁰. E, esse diploma internacional à luz do princípio de proteção das crianças, enuncia em seu artigo 4º, letra “c”, item 4 que o consentimento da mãe na adoção deve ser manifestado após o seu nascimento.

Todavia, considerando que o nascituro é pessoa humana e sujeito de direitos, conforme o prisma da teoria concepcionista, não há se cogitar a impossibilidade da adoção daquele no ordenamento jurídico pátrio. Assim, com a devida vênua, defende-se que a corrente doutrinária, a qual preconiza uma incompatibilidade entre o mencionado instituto e o Direito brasileiro, não merece prosperar, sob pena de violação à isonomia e aos direitos do nascituro.

Nessa perspectiva, ao dissertar brilhantemente acerca da tutela civil do nascituro, Silmara Juny A. Chinelato e Almeida⁴¹:

[...] professa a possibilidade de adoção de nascituro ao argumento de que o ordenamento jurídico reconhece a tutela jurídica dos seus interesses. Enfatiza que, a partir da leitura do texto legal, conferindo proteção aos direitos do nascituro, não se pode negar a possibilidade, afinal, quem afirma direitos e obrigações afirma

³⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁶PUSSE, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 375/376.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 33.

³⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 504.

³⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias I*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 983/984.

⁴⁰BRASIL. *Decreto nº 3.087, de 21 de junho 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

⁴¹CHINELATO apud FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 40.

personalidade, sendo a capacidade de direito e o status atributos da personalidade [...].

Outrossim, o art. 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴² (Pacto de São José da Costa Rica), promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 determina que o direito à vida deve ser protegido pela legislação em geral, desde a concepção. Portanto, adota-se a teoria concepcionista.

Ainda no âmbito convencional, a Convenção internacional sobre os direitos da criança (Decreto nº: 99.710/1990⁴³) afirma em seu preâmbulo que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”, bem como na parte I, artigo 1⁴⁴ considera como criança todo ser humano com menos de 18 (dezoito) anos. Logo, uma vez que o nascituro é um ser humano com menos de 18 (dezoito) anos, também é considerado criança, a qual deve ser protegida ainda no ventre materno.

Em termos constitucionais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁵ assegura em seu art. 5º⁴⁶, os direitos à igualdade e à vida e no art. 227⁴⁷, o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à convivência familiar e comunitária. Dessa forma, deixar de conferir tratamento igualitário aos nascituros, proibindo-se a adoção desses como instrumento na proteção de direitos, assim como na prevenção de abortos e abandonos de recém-nascidos, sob argumentos meramente procedimentais, não possui respaldo constitucional.

No que tange à legislação pátria, o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁸ prevê que a criança e o adolescente possuem direito à vida e à saúde, por meio de políticas sociais públicas, de forma a garantir o nascimento, como também o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Isto é, interpreta-se que esse diploma legislativo ao consagrar o direito à vida, mencionando o nascimento, considera o nascituro como “criança”. Por conseguinte, o argumento de William Artur Pussi

⁴²BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

⁴³BRASIL. *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Disponível em: 13 fev. 2022.

⁴⁴Ibid.

⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 11.

⁴⁶Ibid.

⁴⁷Ibid.

⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 33.

de que o ECA⁴⁹ ao tratar da adoção não menciona os nascituros, mas apenas “crianças e adolescentes” é infundado.

Ademais, seguindo o entendimento supracitado de Chinelato, Tartuce⁵⁰ também defende que:

[...] é possível o reconhecimento do nascituro como filho conforme prevê especificamente o art. 1.609, parágrafo único, do CC. Se for possível reconhecê-lo como filho, porque não seria possível adotá-lo? Entendemos que há um contrassenso nesse entendimento que nega a possibilidade de adoção. Alias, há quem entenda que a adoção não é possível, pois há necessidade de consentimento da mãe, após o nascimento da criança. De qualquer forma, esse último entendimento está balizado em uma análise específica da inviabilidade da medida, o que, contudo, não significa o amparo na doutrina natalista [...]. (...) Ora, a norma autorizadora para a adoção de nascituro é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).

Assim, não obstante a omissão do Código Civil de 2002⁵¹, constata-se que há compatibilidade entre a adoção do nascituro e o ordenamento jurídico brasileiro. Embora, certo é que melhor seria se houvesse previsão explícita na lei, a fim de evitar qualquer discussão sobre a legitimidade do nascituro para figurar como adotando em eventual processo de adoção. Portanto, considerando as razões expostas, o ente concebido e não nascido, como criança e sujeito de direitos, possui o direito à vida e à convivência familiar, os quais podem ser concretizados por meio da adoção.

3. A EVENTUAL ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com o entendimento da doutrina, a adoção é um instrumento de determinação da filiação, tanto é que o civilista Orlando Gomes a define como “o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta [...]”.⁵²

Nesse sentido, os civilistas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald dissertam sobre os aspectos valorativos que envolvem a adoção:

⁴⁹Ibid.

⁵⁰TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro*. Questões controvertidas do Código Civil. Parte Geral. São Paulo: Método, 2007, p. 83/104.

⁵¹BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵²GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 340.

[...] por certo, a adoção se apresenta como muito mais do que, simplesmente, suprir uma lacuna deixada pela Biologia. É a materialização de uma relação filiatória estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos... , enfim, pelo amor.

Bem por isso, mereceu de João Baptista Villela o comentário de que "somente ao pai adotivo é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o 'que Cristo disse aos apóstolos: 'não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós'. Suprema expressão da autonomia paterna que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar e quem a pode ouvir. Seja dito, a propósito, que o ideal no Novo Testamento é sobretudo eletivo" [...].⁵³

Acerca do aspecto objetivo do procedimento da adoção, o Estatuto da Criança e do adolescente prevê a existência de dois cadastros nacionais, um formado pelas crianças em condições de serem adotadas e outro composto pelos pretendentes aptos à adoção, consoante o disposto no artigo 50 da Lei nº 8.069/90⁵⁴. Mas, diante das inúmeras modalidades de adoção, como a *intuitu personae* ou dirigida, faz-se necessário que o mecanismo dessa forma de colocação em família substituta - art. 28, ECA⁵⁵ - seja analisado à luz do princípio do melhor interesse da criança, o qual possui previsão no art. 227, CRFB/88⁵⁶, art. 4º, ECA⁵⁷ e na Convenção de Haia⁵⁸.

Especialmente no que tange à adoção *intuitu personae*, como ensina Maria Berenice Dias⁵⁹ configura-se “quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a intenção de alguém em adotar certa criança [...]”. Desse modo, existem duas conjunturas dessa espécie de adoção, quando os pais biológicos entregam o filho para um terceiro e na hipótese de uma pessoa unilateralmente ou um casal pretender adotar uma criança, em razão de laços de afinidade, afetividade.

Nesse sentido, além daquelas circunstâncias descritas no rol do art. 50, §13, ECA⁶⁰, a admissão da adoção *intuitu personae* também mitiga a obrigatoriedade do cadastro em prol dos interesses da criança. Isso porque a lógica do sistema é de que todo o procedimento deve servir à tutela dos direitos da criança e do adolescente, e não ao contrário.

O Superior Tribunal de Justiça⁶¹ vem se posicionando sobre a possibilidade da adoção *intuitu personae* ao compreender que caso haja o vínculo socioafetivo decorrente da posse de

⁵³FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 966.

⁵⁴BRASIL, op. cit., nota 33.

⁵⁵Ibid.

⁵⁶Ibid.

⁵⁷Ibid.

⁵⁸BRASIL, op. cit., nota 40.

⁵⁹DIAS, op. cit., p. 496.

⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 33.

⁶¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.911.099 SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1259264950/recurso-especial-resp-1911099-sp-2020-0323659-9/inteiro-teor-1259264954>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

fato, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto. Dessa maneira, deverá prevalecer a solução que melhor atenda aos interesses da criança. Nesse sentido, veja-se o trecho da ementa abaixo colacionada:

[...] 4. O legislador ordinário, ao estabelecer no artigo 50, § 13, inciso II, do ECA que podem adotar os parentes que possuem afinidade/afetividade para com a criança, não promoveu qualquer limitação (se aos consanguíneos em linha reta, aos consanguíneos colaterais ou aos parentes por afinidade), a denotar, por esse aspecto, que a adoção por parente (consanguíneo, colateral ou por afinidade) é amplamente admitida quando demonstrado o laço afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, bem como quando atendidos os demais requisitos autorizadores para tanto. (...) 7. Ademais, nos termos da jurisprudência do STJ, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente [...].

Assim, nota-se que o mencionado entendimento jurisprudencial da Corte Superior pelo acolhimento no ordenamento jurídico da adoção dirigida pressupõe que exista a relação de afinidade/afetividade com a criança. No entanto, não há menção sobre a admissão da adoção dirigida naquelas situações em que a genitora entrega o seu bebê a terceiro, independentemente da existência de vínculo com a criança, ou quando consente com a adoção do nascituro. Diante disso, cinge-se à controvérsia sobre o tema.

Certo é que há aqueles que defendem a importância do rigor da cronologia e da inscrição no cadastro de adotantes. Essa é a opinião de Murilo Digiácomo⁶², o qual aponta que essa situação configuraria má-fé, além de o crime previsto no artigo 238 do ECA⁶³, que criminaliza a conduta de prometer ou efetivar a entrega de filho a terceiro, mediante paga ou recompensa.

Nesse liame, colaciona-se decisão jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Paraná⁶⁴ que ratifica esse entendimento doutrinário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR DE GUARDA PROVISÓRIA DE RECÉM-NASCIDA CONCEDIDA A TERCEIROS. CRIANÇA ENTREGUE A ELES PELA MÃE BIOLÓGICA, LOGO APÓS O NASCIMENTO, POR NÃO TER CONDIÇÕES DE CRIÁ-LA. IRREGULARIDADE QUE LEVOU A INSTAURAÇÃO DE MEDIDA DE

⁶²DIGIÁCOMO apud GOMES, Manuela Beatriz. *Adoção intuitu personae no direito brasileiro: uma análise principiológica*. 2013. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 61. Disponível em:

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde09122014135856/publico/Dissertacao_Adocao_intuitu_personae_ManuelaBeatrizGomes.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2022.

⁶³BRASIL, op. cit., nota 33.

⁶⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravo de Instrumento nº 10079099229571/001*. Relator: Desembargador Armando Freire. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1006.html>>. Acesso em: 03 mar. 2022.



PROTEÇÃO DA INFANTE. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR E DETERMINAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DA INFANTE. GUARDA DE FATO EXERCIDA DE FORMA IRREGULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO DEFINITIVO ENTRE O BEBÊ E O CASAL [...].

Entretanto, o problema desse posicionamento é que se ignora a prática corriqueira de entregar filhos a padrinhos, ocasionando em irregularidades, tal como a denominada “adoção à brasileira”, conduta tipificada no art. 242 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁵. Prática essa que poderia ser prevenida se houvesse previsão legislativa específica sobre a adoção *intuitu personae* do nascituro, mediante o preenchimento de requisitos legais que atendessem ao melhor interesse da criança.

Além disso, há uma presunção de má-fé da genitora. Não se leva em consideração que, muitas vezes, a decisão de dar continuidade à gravidez representa um gesto de amor da genitora pela vida do seu filho. Caso assim fosse, aquela poderia participar da escolha daqueles que irão ser os pais do bebê gerado em seu ventre, bem como recorrer ao auxílio material a ser prestado por eles em benefício da criança, durante o período gestacional.

Por outro lado, assiste razão à doutrinadora Maria Berenice Dias⁶⁶ ao esclarecer que mesmo diante da ausência de disposição legal haveria essa possibilidade, uma vez que a lei, inclusive, autoriza aos pais o direito de nomear tutor ao seu filho, conforme excerto abaixo:

[...] e nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção *intuitu personae*, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC, art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção [...].

Ademais, frise-se a realidade das crianças que são vítimas de abortos e abandonos por seus genitores, como também o excessivo tempo que aquelas precisam aguardar em instituição de acolhimento até que eventualmente sejam adotadas. Assim, entende-se pelo cabimento da adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico pátrio e pela sua adequação à

⁶⁵BRASIL, op. cit., nota 33.

⁶⁶DIAS, Maria Berenice. *Adoção e a espera do amor*. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16336/adocao-e-a-espera-do-amor#:~:text=Diz%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20em%20seu,exercido%20junto%20%C3%A0%20fam%C3%ADlia%20biol%C3%B3gica>>. Acesso em: 03 mar. 2022.



situação do nascituro, a partir do exame do caso concreto, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, tendo em vista o contexto nacional de inúmeros casos de abortos e abandonos de recém-nascidos, o trabalho objetivou demonstrar a possibilidade da adoção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, considerando a omissão legislativa, a partir do exame da doutrina e jurisprudência sobre o tema, buscou-se defender o entendimento que mais se coaduna com a proteção constitucional dada aos direitos à vida e à convivência familiar das crianças.

Antes de adentrar na matéria da adoção, foi necessário perquirir as teorias doutrinárias do início da personalidade civil da pessoa humana, quais sejam, a natalista, a concepcionista e a da personalidade condicional, bem como o entendimento jurisprudencial dos tribunais no Brasil. Com base nessa análise, acolheu-se à teoria concepcionista, sendo o nascituro considerado um sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira.

Ato contínuo, diante da ausência de disposição legal expressa no Código Civil de 2002 acerca do instituto da adoção do nascituro, os apontamentos da doutrina foram apresentados, a fim de demonstrar a sua compatibilidade ou não com o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, verificou-se que uma boa parte dos civilistas, entre eles, Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que não é cabível a adoção do nascituro, especialmente, pois haveria a necessidade de consentimento da genitora após o nascimento. No entanto, autores como Silmara Chinelatto defendem o seu cabimento, na medida em que como é possível o reconhecimento do nascituro como filho pelo Código Civil, também não haveria óbice a adoção do ente concebido, sob pena de violação à isonomia.

Assim, neste trabalho, defendeu-se o segundo entendimento esposado pela doutrina, uma vez que o nascituro é pessoa humana e sujeito de direitos, conforme o prisma da teoria concepcionista, não haveria se cogitar a impossibilidade da adoção daquele em atenção aos seus direitos à vida e à convivência familiar e comunitária.

Por fim, em que pese às divergências na doutrina e jurisprudência sobre a obrigatoriedade da observação do cadastro nacional de adotantes, concluiu-se pelo acolhimento da adoção *intuitu personae*, notadamente como modalidade mais adequada ao



caso do adotando nascituro. Tal conclusão deu-se em razão de uma interpretação efetivada à luz do princípio do melhor interesse criança, com o objetivo de dar amplitude aos instrumentos jurídicos de tutela dos direitos à vida e à convivência familiar e comunitária da criança em todas as suas fases do desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 1*. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/647>>. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. *Decreto nº 3.087*, de 21 de junho 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Disponível em: 13 fev. 2022.

_____. *Lei nº 3133*, de 8 de maio de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19501969/13133.htm#:~:text=LEI%20No%203.133%2C%20DE,Art.> Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. *Lei nº 11.804*, de 5 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1487089 SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em:



<https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf>.
Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n° 931556 RS*. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790512/recurso-especial-esp-931556-rs-2007-0048300-6/inteiro-teor-12802310>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n° 1120676 SC*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19127963/recurso-especial-esp-1120676-sc-2009-0017595-0-stj>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n° 547*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/661/showToc>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.911.099 SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1259264950/recurso-especial-esp-1911099-sp-2020-0323659-9/inteiro-teor-1259264954>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n° 99038 MG*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14685789/recurso-extraordinario-re-99038-mg>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n° 12.040 DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/141710782/reclamacao-n-12040-do-stf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=61172>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso especial n° 399082 SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18388&nreg=200101473190&dt=20020415&formato=PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravo de Instrumento n° 10079099229571/001*. Relator: Desembargador Armando Freire. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1006.html>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Adoção e a espera do amor*. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16336/adocao-e-a-espera-do>>

A INÓPIA DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO A EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monique Celebrini de Oliveira Campos

Graduada pelo Centro Universitário Redentor (UNIREDENTOR).

Resumo – a prova testemunhal é um dos meios de prova ou elementos de convicção para demonstração de fato juridicamente relevante. Neste trabalho, objetiva-se a discussão teórico-dogmática da possibilidade de falha do reconhecimento fotográfico de pessoa como procedimento no que se refere à condenação do sujeito com base no estabelecido pelo ordenamento jurídico. O reconhecimento pessoal do acusado está elencado nos artigos 226 e seguintes do Código de Processo Penal, estando inserido como meio de prova com a finalidade de identificação da vítima ou de testemunhas sobre a autoria do delito. Considerando que a prova testemunha é acometida de graves erros e fragilidades, revela-se uma prova com alto grau de falibilidade. Para tanto, conclui-se que a identificação por fotografia, por se mostrar vulnerável a possíveis contaminações, não pode subsidiar uma condenação isolada, podendo ser punida injustamente na ausência de provas colhidas nos autos.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Reconhecimento fotográfico. Condenação.

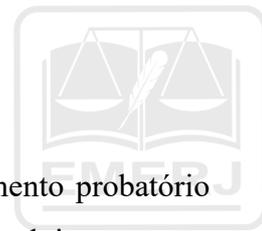
Sumário – Introdução. 1. Reconhecimento fotográfico: uma discussão acerca da ausência de previsão legal e da inobservância do rito do artigo 226 do Código de Processo Penal Brasileiro. 2. A falibilidade do reconhecimento fotográfico enquanto meio de prova em razão da influência de fatores internos e externos. 3. Impossibilidade de condenação baseada em reconhecimento por fotografia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico problematiza a credibilidade do reconhecimento de pessoa realizado por fotografia, tanto pela ausência de previsão legal quanto pelas distorções e influências decorrentes de fatores internos e externos.

Nesse contexto, a presente pesquisa fundamenta-se em uma minuciosa análise da legislação pátria e jurisprudencial, a fim de que o campo de pesquisa seja robusto e eficaz a elucidar a fragilidade do reconhecimento de pessoa por foto e a sua inaptidão como meio de prova a ensejar a emissão do decreto condenatório.

O tema é complexo, mas de suma importância, tendo em vista que a fundamentação de decisões com base apenas no reconhecimento fotográfico resulta em um grande aumento de condenações de inocentes.



O instituto do reconhecimento de pessoa (art. 226 do CPP) é um elemento probatório processual que se destina à identificação do sujeito que, supostamente, tenha envolvimento com determinada prática delitiva.

Para tanto, com destaque para o reconhecimento fotográfico, tem-se que este é carregado de fragilidade, tendo em vista que o resultado positivo dessa prova depende da memória humana e de todos os fatores internos e externos que podem influenciá-la, bem como do respeito ao procedimento processual adequado.

Não obstante, o reconhecimento de pessoas efetuado através de fotografias traz à tona a prática da estigmatização social, além de criar uma memória fotográfica na pessoa que enfrentará dificuldades em revertê-la.

Dessa forma, à luz da vulnerabilidade que tal prova se sujeita, evidencia-se um risco de uma condenação injusta recair sobre sujeito que não tenha envolvimento com o contexto criminoso, não sendo este o compromisso do processo penal, que se destina a preservar as garantias e direitos individuais fundamentais daquele a quem se acusa o processo.

Inicialmente, o primeiro capítulo da pesquisa versa sobre a análise da previsão legal ou não do reconhecimento fotográfico como meio de probatório.

Adiante, o segundo capítulo traz à tona uma discussão pertinente acerca da violação da parcialidade das provas por meios fotográficos, baseando-a na influência de fatores internos e externos.

Por último, o terceiro capítulo averigua a possibilidade de o reconhecimento fotográfico, mesmo diante de suas falhas, ser apto a embasar uma condenação em âmbito penal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo, de caráter exploratório, por ser este o mais apropriado ao tipo de análise feita.

Para tanto, em sua elaboração, esta pesquisa jurídica, é teórico-dogmática, trazendo à baila, a legislação pátria, a doutrina e a jurisprudência, arrimando o posicionamento a ser exposto.

1. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: OS EFEITOS DA NÃO OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A prova é elemento fundamental na obtenção de uma decisão em uma lide.



Em sua base, a prova persegue a comprovação da verdade dos fatos, de modo que o julgador seja instruído a alcançar uma decisão mais justa.

Por ser assim, a prova reconstrói um fato anterior para que se chegue à verdade dos fatos.

Nesses termos, a prova e o processo penal compõem um dos meios de formação de convicção do julgador, o que influencia no convencimento e legitima a sentença.

O processo se cristaliza como um método de analisar acontecimentos relativos ao passado, de modo a proporcionar o conhecimento do magistrado no que se refere a relação entre um fato e seu autor, sendo a instrução probatória o meio aplicado para atingir tal propósito.

Das provas em espécie, o processo penal consagra o reconhecimento de pessoa como meio probatório que, em sua essência, trata-se de providência em que o indivíduo consegue identificar o autor da prática de determinada conduta delituosa.

O artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP)¹, faz previsão da figura do reconhecimento de pessoa, ensinando como realizar o reconhecimento pessoal, tanto no inquérito policial como durante a instrução processual.

O citado dispositivo é revestido de formalidades, quais sejam: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; 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; 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; do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Em paralelo, dentro do reconhecimento de pessoa, surge o desdobramento da possibilidade de um reconhecimento de pessoa ser feito com base na apresentação de fotografias, em que o sujeito envolvido no processo, através de fotos, busca reconhecer o autor dos fatos.

Nesse sentido, o reconhecimento é o meio processual de prova, eminentemente formal, pelo qual alguém é chamado para verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa que lhe é mostrada com outra que viu no passado.

¹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm>. Acesso em: 10 out. 2021.



Apesar de não estar expressamente prevista no Código de Processo Penal, a identificação fotográfica é amplamente utilizada na perícia, principalmente na seara investigativa.

No que cinge à previsão legal acerca do reconhecimento fotográfico, Ada Pellegrini et al² trazem o seguinte ensinamento:

[...] não prevê a lei o reconhecimento fotográfico, o qual pode, contudo, ser efetuado na impossibilidade da reconção pessoal e direta, embora seja menor o seu valor probatório, uma vez que só permite verificação indireta e normalmente deficiente dos traços fisionômicos.

Em que pese a ausência de previsão legal acerca do reconhecimento fotográfico, por oportuno, destaca-se que a normatização legal sobre o reconhecimento de pessoa deve ser observada como circunstância indispensável para a validade do reconhecimento de qualquer pessoa no âmbito criminal. De tal modo, o procedimento do artigo 226 do CPP³, para fins de reconhecimento de pessoas, não se trata de mera recomendação.

Quanto à ordem procedimental, inicialmente a pessoa reconhecedora deverá descrever as principais características da pessoa a ser reconhecida. Essa descrição minuciosa, contudo, pode ser dispensada se característica única e isolada fora hábil para identificar o reconhecido.

Assim, a descrição deve ser realizada antes de se exibir qualquer material ao reconhecedor, sendo importante a formalização prévia das suas declarações ou depoimento a fim de evitar a contaminação de sua memória. Por vezes essa ordem é invertida, ocorrendo a inicial apresentação das fotografias seguida do relato descritivo, o que certamente compromete a credibilidade do resultado.

Posteriormente, devem ser apresentadas as fotografias para que o reconhecedor aponte a pessoa anteriormente descrita. Nesse sentido, se possível, a pessoa identificada deve estar presente com outras que tenham alguma semelhança com ela.

Durante a realização do reconhecimento, o nível de convicção do reconhecedor pode variar entre a nula e a plena certeza sobre a indicação efetuada, assim como ele pode não identificar nenhuma das fotografias como correspondente a quem se busca reconhecer - o que constitui uma grande dificuldade, porque sua memória pode ser facilmente manipulada.

² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 155-157.

³ BRASIL, op. cit., nota 1.

Portanto, fica claro que o reconhecimento é suscetível a vários fatores que podem levar a erros, em primeiro lugar a capacidade variável de memória do reconhecedor, a semelhança entre as pessoas que são observadas, condições adversas de observação como visibilidade e tempo de exposição, o estado emotivo, a autossugestão e o anseio do reconhecedor por um resultado positivo.

Assim, o que é frequentemente observado é a informalidade que produz o reconhecimento, tornando-se uma prática cruel que perpetua o desrespeito por cerimônias estatutárias.

Sobre o tema, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 27 de outubro de 2020, no bojo do julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC⁴ fez constar que: (i) 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; (ii) 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; (iii) pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; (iv) o reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

A partir desse posicionamento, o cumprimento das formalidades para o ato de reconhecimento, teve confirmado seu status de condição necessária para que um reconhecimento de pessoa possa configurar como prova.

Assim, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa, não sendo possível confiar no seu resultado.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 598886. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: . <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 09 out. 2021.



2. A FALIBILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO ENQUANTO MEIO DE PROVA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE FATORES INTERNOS E EXTERNOS

Inicialmente, destaca-se que a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro, no entanto, considerando as inúmeras variáveis podem comprometer a sua confiança e segurança, a mesma se revela perigosa, manipulável e incerta.

Nesse sentido, o procedimento estabelecido no art. 226 do CPP⁵ para fins de reconhecimento pessoal deve ser observado e cumprido em sua forma legal.

Assim, pode-se dizer que embora a lei não preveja, a identificação com foto é considerada válida de acordo com o princípio da liberdade probatória e pode ser usado por um juiz como base para uma livre condenação motivada, desde que se verifique que o seu desempenho não viola a o atual sistema jurídico.

Contudo, deve-se notar que o texto legal é dúbio porque não afirma claramente as a necessidade do perfilamento de pessoas - neste caso, fotos, nem um número prescrito mínimo, para que o reconhecedor aponte a pessoa que está tentando reconhecer nele.

Então, pode parecer que uma única foto é apresentada ao reconhecedor, o que enfraquece resultados de identificação devido à escassez de materiais comparáveis.

Na maioria das vezes, as fotos não combinam fielmente a realidade, conseqüentemente, levam a sérios mal-entendidos que afetam as pessoas que geralmente são “gravadas”.

Portanto, o documento de identificação com foto não tem conteúdo probatório e só pode ser usado como meio de prova que pode dar início a uma investigação policial.

No entanto, é sempre importante lembrar que as condicionantes estabelecidas pelo legislador tiveram por intuito diminuir o grau de falibilidade deste meio de prova, que, por razões naturais, inerentes a forma de processamento da memória humana e identificação de rostos já apresentam alto grau de falibilidade.

Nessa linha, pertinente a crítica do doutrinador Guilherme de Souza Nucci⁶ quanto ao “reconhecimento” que tradicionalmente é levado a efeito no Brasil:

Lamentavelmente, tornou-se a regra no Brasil o reconhecimento informal da pessoa ou coisa. Em audiência, a testemunha ou vítima é convidada a dizer se o réu – único sentado no banco apropriado – foi a pessoa que praticou a conduta delituosa. Olhando para o

⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 240.

acusado, muitas vezes de soslaio, sem atenção e cuidado, responde afirmativamente. Houve reconhecimento formal? Em hipótese alguma. Trata-se de um reconhecimento informal e, não poucas vezes, de péssima qualidade.

Defende-se esta pesquisadora que existem diversos fatores que podem poluir a mente da vítima, influenciando em tal reconhecimento. Dentre eles, estão os estereótipos sociais que são determinantes na percepção dos delitos e que podem direcionar a vítima ou a testemunha a um falso reconhecimento. Isso porque, o cérebro humano, quando recorda de alguma informação, rosto ou fato, não o faz de forma exata, reproduz apenas alguma versão reconstruída do original.

Nesse sentido, muitas vezes, essas imagens evocadas permanecem na consciência apenas brevemente e, embora possam parecer boas reproduções, muitas vezes são imprecisas ou incompletas.

Além disso, alguns outros casos de identificação, como mostrar material fotográfico antes da descrição das características das pessoas a serem identificadas, desempenho de comentários indutivos e variáveis, o nível de crença e a capacidade de memória do reconhecedor, bem como a espera por um resultado positivo capaz de chegar à identidade do agente criminoso e a busca por punição.

Não obstante, com a visualização da fotografia pela vítima ou testemunha perde-se a dimensão visual oferecida pelo reconhecimento pessoal, já que a imagem pode estar desatualizada, sem nitidez completa, por ser impresso sem verdadeira coloração, mesmo em preto e branco, a confiança da identificação é bastante reduzida.

Associadas a estas variáveis e tendo em conta a identificação, o reconhecimento fotográfico é realizado na fase investigativa, portanto, inferindo sua insubordinação em relação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, em consequência, não se reveste de força probatória necessária para fundamentar uma decisão judicial. No entanto, pode ser usado como elemento de informação.

Entende-se que o reconhecimento fotográfico representa um valioso instrumento para a elucidação dos fatos criminosos, especialmente na fase investigativa, motivo pelo qual não pode ser suprimido.

No entanto, deve-se procurar o seu uso de forma alternativa e ter precaução em sua elaboração, para não ser anulado por sua fragilidade processual e possíveis violações de importantes princípios que regem a produção de provas.

Aponta-se pela necessidade de reformulação do reconhecimento como meio probatório, incluindo-se aqui o reconhecimento pessoal e o fotográfico, aperfeiçoando seu modo de elaboração com

o intuito de reforçar o processo penal como um sistema de garantias que promova o equilíbrio entre a paz social e as liberdades individuais.

Nesse sentido, a fragilidade do reconhecimento, sobretudo o fotográfico, reside no fenômeno das falsas memórias.

As falsas memórias são resultado de distorções externas (sugeridas por terceiros) ou endógenas (autossugeridas), e nesse processo os mecanismos de aquisição, retenção ou recuperação da memória acabam falhando.

Portanto, são construídas falsas recordações combinando memórias verdadeiras com o conteúdo das sugestões que são recebidas de terceiros ou são produzidas pelo próprio sujeito.

O que se percebe é que memória é muito falha e esse fato pode trazer à tona questionamentos acerca da validade dos depoimentos de pessoas em processos criminais, tendo em vista os diversos fatores que podem influenciar a memória e tendo em vista que em casos criminais as pressões externas podem ser muito fortes.

No contexto jurídico brasileiro, as falsas memórias são revestidas de complexidade. Isso ocorre porque, em muitos casos, o depoimento (testemunho oral) é o único elemento probatório ao alcance para se decidir um caso.

De tal modo, a influência das falsas memórias fica evidente ao submeter uma pessoa à identificação de outra no ato de reconhecimento realizado como prova no processo penal.

Para tanto, em que pese a prova testemunhal ser mais utilizada no processo penal brasileiro, indiscutivelmente, é arriscada, passível de manipulação e inexata, o que reflete uma certa dificuldade na autenticidade concreta em torno do processo penal e condução do judiciário.

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, onde a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. (...)

Finalizando, há que despertarem o direito processual penal e os atores judiciários para esse grave problema que ronda a prova testemunhal, a palavra da vítima e os reconhecimentos, buscando apurar técnicas de interrogatórios que reduzam a indução e facilitem a identificação das falsas memórias.⁷

⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 624.



A teor, o reconhecimento de pessoas é uma prova com alto grau de cognição, sendo, portanto, agudamente suscetível a erros, uma vez que o fenômeno das falsas memórias pode ocorrer e comprometer a confiabilidade do ato.

Nesse sentido, alerta a doutrina⁸:

Também se devem considerar as expectativas da testemunha (ou vítima), pois as pessoas tendem a ver e ouvir aquilo que querem ver e ouvir. Daí por que os estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etc.) têm grande influência na percepção dos delitos, fazendo com que as vítimas e testemunhas tenham uma tendência em reconhecer em função desses estereótipos (exemplo típico ocorre nos crimes patrimoniais com violência – roubo – em que a raça e perfil socioeconômico são estruturantes de um verdadeiro estigma).

No panorama aqui apresentado, verifica-se a complexidade da prova testemunhal envolvendo o reconhecimento fotográfico, em decorrência da vulnerabilidade de influências internas e externas que ocorrem no momento da percepção e memorização da cena do delito (falsas memórias), o que, por derradeiro, poderá macular o acervo probatório, ocasionando eventual condenação injusta.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO BASEADA EM RECONHECIMENTO POR FOTOGRAFIA

O reconhecimento fotográfico, embora seja um meio legítimo de evidência, há de ser analisado moderadamente, diante de sua fragilidade probatória.

Dessa forma, apresenta-se como um mero indicativo a julgar por afastar-se da realidade, visto que sozinho abre margem para precedentes e erros.

A teor, Eugênio Pacelli de Oliveira⁹ pondera:

O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas.

A presunção de inocência condiciona todas as condenações a uma atividade probatória prestada pelo Ministério Público e proíbe expressamente as condenações sem as provas exigidas,

⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 694.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 427.

devendo o Estado provar a culpa do sujeito, que é constitucionalmente presumido inocente e punido para restituir total discricção.

Nesses termos, a identificação de um suspeito de crime pela simples apresentação de uma fotografia deve ser considerada um primeiro passo para uma possível identificação pessoal e, portanto, mesmo que confirmada em tribunal, não pode ser utilizada como prova em processo penal.

Isso porque, trata-se de uma colheita inquisitorial, sem qualquer tipo de supervisão, desrespeitando o contraditório e a ampla defesa, trazendo meramente a confirmação de um ato processual.

Dessa maneira, constata-se um sugestionamento que, em regra, ocorre nas hipóteses em que se exige que o indivíduo relembre momentos vividos, por exemplo, como é o caso de um reconhecimento de um suspeito que tenha cometido algum delito.

Acerca disso, Daniel Schaeter¹⁰ afirma:

A sugestionabilidade é preocupante por várias razões: perguntas tendenciosas podem ajudar a levar testemunhas a fazer identificações erradas; técnicas terapêuticas sugestivas podem ajudar a criar falsas lembranças; e interrogatórios agressivos de crianças pequenas podem resultar em lembranças distorcidas de supostos abusos por professores e outros adultos. As consequências para os indivíduos envolvidos em casos como esses são muito sérias e, portanto, a compreensão e o combate à sugestionabilidade são importantes tanto para evitar problemas sociais e jurídicos quanto para o avanço da teoria psicológica.

O reconhecimento fotográfico é extremamente violador dos direitos fundamentais, mas além disso, é o reflexo do racismo estrutural presente na sociedade.

Muito além, as decisões nesse sentido enfrentam mais do que um problema de falsas memórias e psicologia do testemunho.

Assim, com base no fato de que a condenação em processo penal deve ser fundamentada no julgamento da autoria e na certeza material do crime, a prova baseada em fotografia demonstra que, de fato, não existe condição segura para fundamentar uma condenação.

Perante este elemento de prova trivial, após provar a dificuldade de manter as alegações da acusação, a única solução é a absolvição do réu.

¹⁰ SCHACTER, Daniel L. *Os Sete Pecados da Memória: Como a Mente Esquece e Lembra*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 143.



Por ser assim, em caso de dúvida acerca da autoria delitiva, deve prevalecer a solução mais proveitosa ao réu, pois a condenação exige a certeza incontestável sobre os fatos.

Assim, embora corresponda a um importante elemento na persecução penal, é necessário admitir a precariedade do reconhecimento fotográfico como meio probatório em razão das vicissitudes a que o reconhecedor fica sujeito, bem como da eventual inobservância de aspectos procedimentais e aos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal, o que pode comprometer seu emprego de forma adequada.

Por ser assim, as normas jurídicas sobre o tema não podem mais ser consideradas meras “sugestões do legislador” que poderiam ser flexibilizadas porque isso levou, em última instância, à insistência do foco de erro judicial, o que levou à persistência de graves injustiças.

Dessa forma, diante do risco de uma falsa admissão, o descumprimento dos procedimentos descritos na norma legal invalida o ato e impede que seja utilizado para fundamentar uma condenação definitiva, ainda que a admissão seja confirmada em juízo.

Nessa esfera, a premissa a se preservar é a de que o risco de eventual condenação injusta faz com que a suspeita seja sempre a favor do réu.

No Direito Penal, o material probatório e a autoria de uma condenação devem ser definitivos e específicos, sem qualquer dúvida por parte do julgador. Poranto, em casos assim, o princípio do *in dubio pro reo* deve ser aplicado.

Corroborando com o apresentado, Nucci¹¹ ponderou que:

Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu — *in dubio pro reo*. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição.

Assim, diante do exposto, a identificação através de fotografia, por se revelar volátil, não pode, isoladamente, à míngua do conjunto probatório angariado nos autos, embasar uma sentença condenatória, sob pena do cometimento de eventual injustiça.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 689.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o trabalho apresentado teve como objetivo dissertar sobre a temática do reconhecimento pessoal por fotografias, apontando as razões que revelam que este é considerado inapto a embasar um decreto condenatório, seja pelas suas falhas, bem como pela incidência do fenômeno das falsas memórias.

Buscou-se com base em uma revisão teórica dogmática, discutir a necessidade da observância do procedimento de reconhecimento de pessoa previsto no artigo 226 do CPP.

O instituto do reconhecimento de pessoa é um elemento probatório processual que se destina à identificação do sujeito que, supostamente, tenha envolvimento com determinada prática delitiva.

Para tanto, com destaque para o reconhecimento fotográfico, tem-se que este é carregado de fragilidade, tendo em vista que o resultado positivo dessa prova depende da memória humana e de todos os fatores internos e externos que podem influenciá-la, bem como do respeito ao procedimento processual adequado.

Não obstante, verificou-se que o reconhecimento de pessoas efetuado através de fotografias traz à tona a prática da estigmatização social, além de criar uma memória fotográfica na pessoa que enfrentará dificuldades em revertê-la.

Foi demonstrado, de modo recorrente, que o reconhecimento pessoal é suscetível a contaminações internas e externas, em especial, no que se refere às características do acusado.

Tal ocorrência reconhece como causas atribuídas a subjetividade do julgador, a indução feita por familiares, amigos, policiais ou juízes na formulação de questionamentos, o período temporal decorrente pós fato ou mesmo a notoriedade midiática do caso.

A potencial vulnerabilidade à ocorrência de falsas memórias ou de distorção da realidade do fato delituoso presente nos depoimentos de testemunhas deve ser investigada a fim de se evitar a acusação e condenação indevida do sujeito com base em uma prova frágil, tal como é a prova testemunhal.

Nesse sentido, apontou-se como crítica o procedimento indevido para a colheita da prova de reconhecimento de pessoa acusada, o que pode resultar em uma informação equivocada, seja afetada de forma espontânea ou por influência de fatores externos, e considerada incapaz de definir com a confiabilidade necessária para o julgamento do caso investigado.



Portanto, apoiado no fato de que a condenação no âmbito do processo penal deve ser arrimada em juízo de autoria e na certeza material do delito, a evidência fotográfica demonstra que, na verdade, não subsistem disposições firmes para uma condenação.

Dessa forma, à luz da vulnerabilidade que tal prova se sujeita, evidenciou-se um risco de uma condenação injusta recair sobre sujeito que não tenha envolvimento com o contexto criminoso, não sendo este o compromisso do processo penal, que se destina a preservar as garantias e direitos individuais fundamentais daquele a quem se acusa o processo.

Sendo assim, conclui-se que o reconhecimento por foto se amolda como elemento probatório apenas em um primeiro momento, carecendo de legitimação por meio de um acervo probatório robusto e harmônico. E, na hipótese de ter sido realizado o reconhecimento sem observância ao disposto no art. 226 do CPP, será inviabilizada a emissão do decreto condenatório, tendo em vista a falibilidade do procedimento, como norma objetiva e de preceito de prova, sem confirmação autônoma e confiável do fundamento probante como um todo, realizado na fase judicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 598886*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 09 out. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

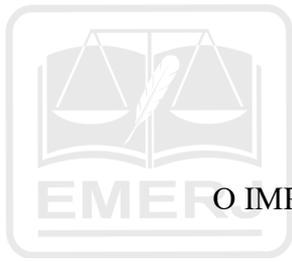
_____. *Provas no Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 240.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



SCHACTER, Daniel L. *Os Sete Pecados da Memória: Como a Mente Esquece e Lembra*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.



O IMPACTO DA PANDEMIA SOBRE OS ALUGUÉIS NA LOCAÇÃO COMERCIAL EM SHOPPING CENTER

Monique dos Santos Pereira

Graduada pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas (IBMEC/RJ). Advogada.

Resumo – O recente cenário de pandemia ocasionado pelo COVID-19 afetou diretamente os contratos de locação, em especial, os lojistas e proprietários de imóveis de locação em shopping centers. Nesse sentido, dada a peculiaridade do contrato, surgiram relevantes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto a aplicação dos institutos da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva no que tange a revisão contratual para o reestabelecimento do equilíbrio contratual entre as partes. No presente trabalho, visa-se a análise dos posicionamentos divergentes com a finalidade principal de sustentar a melhor solução para ambas as partes diante da discussão a respeito do tema. Para tanto, defende-se o diálogo entre as partes para a manutenção do equilíbrio contratual, porém, caso este não for possível, o judiciário poderá ser acionado tendo em vista os entendimentos jurisprudenciais recentes.

Palavras-chave – Direito Civil. Onerosidade Excessiva. Shopping Center. Teoria da Imprevisão.

Sumário – Introdução. 1. O ordenamento jurídico brasileiro e o contrato de locação em shopping center 2. A pandemia e seus efeitos sobre as locações em geral e as locações comerciais 3. A possibilidade da revisão contratual nos contratos locatícios em shopping center. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico visa analisar o reflexo da pandemia nas relações locatícias comerciais em shopping centers tanto pelo viés da enorme insegurança jurídica tanto quanto pela inviabilidade de manutenção contratual, seja pelo intervencionismo estatal hodierno, mediante legislações estaduais e municipais que coíbem a manutenção funcional de inúmeras empresas, ou ainda, impondo restrições ao funcionamento das demais, resultando imediatamente na redução integral do faturamento. Diante disso, revela-se, imprescindível, uma discussão acerca da revisão contratual nos contratos locatícios em shopping centers, trazendo-se à baila a aplicabilidade ou não da teoria da imprevisão aplicada aos contratos de locação, se considerada a crise decorrente da pandemia como acontecimento extraordinário e imprevisível.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e principalmente jurisprudenciais recentes a respeito do tema de modo a analisar minuciosamente as inovações legislativas e a peculiaridade

do tema em questão tendo em vista a atualidade deste e as consequências inovadoras que acarreta consequências em todo o mundo.

O Código Civil prevê expressamente as regras dos contratos em geral, no entanto, a Lei 8.245/91 estabelece as peculiaridades do contrato de locação de shopping center que possui suas especificidades diante dos contratos em geral. Com a pandemia da Covid-19 e as inovações legislativas, esse tipo de contrato foi diretamente afetado em diversos aspectos. Essa situação, no entanto, gerou uma enorme insegurança jurídica e favorece múltiplas discussões a respeito do tema: é possível a rescisão contratual nesses casos? Se sim, com base em que? É possível a manutenção contratual mesmo diante da enorme insegurança jurídica? Diante das características do contrato de locação comercial e suas especificidades, é possível sustentar a revisão contratual segundo a Teoria da Imprevisão e a Onerosidade Excessiva?

O tema acarreta diversas discussões e divergência de entendimentos na doutrina e jurisprudência uma vez que diante de sua peculiaridade e dinamismo é delicada a questão da intervenção do Poder Judiciário e do Legislativo a respeito do tema. Apesar de possuir previsão no ordenamento jurídico brasileiro o tema possui forte influência das inovações legislativas e principalmente jurisprudenciais, sendo que esta última analisa cada caso isoladamente.

Em que pese a quantidade de contratos que estão sendo afetados pela necessidade de atender as determinações restritivas emanadas do poder público nesse período como medida de combate à pandemia, nos restringiremos a discutir por ora, as implicações que incidem nos contratos de locação não residencial, em especial, aqueles envolvendo shoppings centers, haja vista a impossibilidade dos comerciantes de auferirem rendimentos nesse período, trazendo para a classe, prejuízos sem precedentes.

Para melhor compreensão do tema busca-se analisar o contrato de locação comercial em shopping center e compreender como esse tipo de contrato foi afetado pela pandemia e principalmente após as inovações legislativas. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de revisão ou rescisão contratual nesses casos específicos e ainda a probabilidade ou não da aplicação da Teoria da Imprevisão e a Onerosidade Excessiva.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as regras do contrato em geral dispostas no Código Civil, em especial, aquelas que se aplicam aos contratos de locação comerciais bem como, analisa-se também, o tratamento dado ao contrato de locação em shopping centers pelo ordenamento jurídico brasileiro.



Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a inovação legislativa trazida pela pandemia e as discussões jurisprudenciais e doutrinárias inéditas a respeito do tema, com o objetivo de aferir a segurança jurídica que enseja o tema, de maneira que se verifica em concreto a importância do tema.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade da aplicação da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva no tocante à revisão contratual nos contratos locatícios comerciais, em especial os relacionados a shopping center, diante da situação extraordinária causada pela pandemia. Procura-se explicitar como é possível aplicar estes institutos, em regra, dispostos para aplicação aos contratos em gerais no tocante aos contratos de locação em shopping center diante de sua peculiaridade. Para tanto, foi necessário refletir sobre a afetação da pandemia nesse instituto, as inovações legislativas aplicadas ao caso bem como, analisar o entendimento jurisprudencial a respeito.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CONTRATO DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER

O Shopping Center é, inegavelmente, uma das maiores conquistas da atividade mercadológica atual, logo, ao agregar apenas em um só lugar conforto, lazer, segurança e rapidez, o empreendedor atende às necessidades de consumo da sociedade moderna, atingindo o status de estrutura luxuosa e, sobretudo, prática para os dias atuais.

Para se analisar o contrato de locação em shopping center no ordenamento jurídico brasileiro como um todo é importante, antes conceituar o que é shopping center e posteriormente, analisar seus reflexos no ordenamento jurídico. Será por meio de uma breve análise do conceito e um maior aprofundamento quanto as implicações e as peculiaridades deste contrato no



ordenamento jurídico brasileiro que será desenvolvida a temática, a fim de que não restem dúvidas quanto ao tratamento deste pelo ordenamento jurídico atual.

Como o ordenamento pátrio segue a *civil law*, fundamental traçar esse rápido paralelo para entender o contrato de locação em shopping center no Brasil, suas implicações e seu enquadramento na seara jurídica brasileira. Neste primeiro capítulo, o objetivo não é discutir as teses que embasam a natureza jurídica do contrato locatício de shopping center, mas, tão-somente, analisar o seu tratamento pelo ordenamento jurídico e suas peculiaridades.

O Shopping Center é uma edificação de grandes proporções, um empreendimento onde funcionam diversas lojas, de diferentes donos e marcas, configuradas segundo o *tenant mix* (planejamento de distribuição das lojas) e utilizando-se de marcas de renome (as lojas âncora) para atrair maior clientela para as demais lojas (as lojas satélites), sob administração única, oferecendo produtos e serviços ao consumidor num espaço climatizado e diferenciado. Nesse sentido, para Nagib Slaibi Filho¹ o Shopping Center respalda-se nos seguintes termos:

[...] grupo de estabelecimentos comerciais unificados arquitetonicamente e construídos em terreno planejado e desenvolvido. O ‘shopping center’ deverá ser administrado como uma unidade operacional, sendo o tamanho e o tipo de lojas existentes relacionados diretamente com a área de influência comercial a que esta unidade serve. O ‘shopping center’ também deverá oferecer estacionamento compatível com todas as lojas existentes no projeto.

Tendo em vista a noção de Shopping Center, considera-se que os lojistas são, em sua maioria, empresários, sendo as lojas o estabelecimento para o exercício de suas atividades. Atua também como empresário, o empreendedor, pois nas palavras de Rubens Requião²: “O interesse do empreendedor do centro comercial não se cinge como um medíocre proprietário rendeiro à colher aluguéis. (...) Tem a vocação e iniciativa de grande empresário que realmente é.”

O empreendedor exerce atividade econômica, ou seja, gera riqueza, na medida em que ele projeta, executa e administra toda a estrutura formada pela organização do conjunto de lojistas, visando unicamente otimizar a circulação de produtos e serviços, potencializando lucros.

Logo, este tipo de empreendimento trata-se de um empreendimento complexo. Além da construção do prédio, o empresário deve organizar os gêneros de atividade econômica que nele se instalarão. A ideia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, em um local único, de

¹ SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à Nova Lei do Inquilinato*. 9. ed. São Paulo: Forense, 1986, p. 331.

² REQUIÃO, Rubens. Apud BARCELLOS, Rodrigo. *O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresarias*. 1.ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 86.

cômodo acesso e seguro, a mais variada sorte de produtos e serviços. Assim, as locações devem ser planejadas, atendendo às múltiplas necessidades do consumidor. Esta concentração variada de fornecedores que acaba por atrair maiores contingentes de consumidores, redundando em benefício para todos os negociantes.

Ocorre que, o contrato de locação de shopping center, embora amplamente utilizado, constitui instituto jurídico complexo frente à atipicidade de sua estrutura, que apresenta, simultaneamente, características locatícias e elementos próprios e necessários para o êxito do empreendimento. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro não se preocupou em tutelar de forma ampla e clara a relação existente entre lojista e empreendedor, lhes sendo designado a aplicação geral da Lei de Locações (Lei nº 8.245/91) ante a falta de regulamentação específica.

A partir da análise do artigo 54³ da Lei de Locações (Lei nº 8.245/91) compreende-se que seu texto não proporciona um entendimento muito claro, o que enseja, por parte dos empreendedores, a elaboração de contratos “próprios” à atividade e que, muitas vezes, são marcados pela presença de cláusulas capazes de prejudicar os lojistas e desequilibrar a relação entre eles. Assim, questiona-se a extensa liberdade aferida por esse artigo, bem como a sua necessária mitigação através da aplicabilidade de princípios fundamentais do Direito Contratual e da contemporânea visão protetiva ao vulnerável trazida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Impulsionados pela omissão e pela falta de conhecimento dos lojistas, não raras são as situações em que o empreendedor extrapola os limites da razoabilidade. Os lojistas acabam se submetendo às imposições do empreendedor em razão destes exercerem o poderio sobre o bem locado e por estarem em posição privilegiada dentro do mercado. Portanto, visando preservar o seu maior patrimônio, o ponto comercial, o lojista se mostra vulnerável, e “obrigado” a acatar as cláusulas leoninas.

Desse modo, se faz pertinente trazer um rol exemplificativo das principais cláusulas causadoras de conflitos entre lojista e empreendedor, e que devem, no mínimo, serem impugnadas, já que não encontrariam amparo legal em outra espécie contratual: a) Renúncia ao direito de

³ BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. “Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei. § 1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em *shopping center*: a) as despesas referidas nas alíneas *a*, *b* e *d* do parágrafo único do art. 22; e b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite - se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.



preferência na aquisição do imóvel, quando da sua possível alienação; b) Imposição de condições nitidamente indevidas para que o contrato seja renovado pelo lojista; c) Filiação obrigatória e exclusiva à associação criada pelo empreendedor; d) Pré- estipulação de aumentos reais para a futura renovação; e) Cláusula de raio ou de exclusividade; f) Responsabilidade do lojista pelo pagamento de despesas previstas no artigo 54 §1º “a” e “b”, da Lei nº 8245/91; g) Cobrança de 13º, 14º, 15º e 16º aluguéis; f) Impossibilidade do aluguel mínimo e do aluguel percentual serem objetos de ação revisional ou renovatória; h) Multas exorbitantes quando da rescisão do contrato por parte do lojista, antes do prazo estipulado; i) Absoluta sujeição do lojista ao empreendedor quanto à decoração interna, vitrines, exposição de mercadorias, letreiros, etc., do ambiente comercial; i) Ter o locador a competência de exigir a modificação ou a retirada de qualquer item colocado no interior da loja, o qual possa ser visto pelas partes comuns, que ao seu juízo não seja equivalente com a estética geral do shopping center⁴.

Certo é que, a partir do conflito entre as partes, os contratos são questionados, cabendo ao judiciário decidir se as cláusulas destas e condutas daquelas estão em conformidade com o princípio da boa-fé. Entende-se que o negócio jurídico firmado entre as partes deve ser respeitado, entretanto, sendo trazidas ao judiciário situações que desafiam a lógica e que ensejam nítida injustiça, cabe a esse intervir considerando-as nulas de pelo direito, já que pela falta de norma especial para tratar do assunto figura o poder judiciário como único legitimado para suprir os eventuais desequilíbrios.

Em linhas gerais, é espantoso o fato de não ter sido a relação interempresarial proveniente da locação de espaços em Shopping center amparada por Lei própria. Tal empreendimento comercial já está mais do que inserido no panorama da sociedade contemporânea, constituindo um dos fatores basilares para a circulação de produtos e riquezas no país. A busca por espaços neste centro tende a crescer juntamente com o desenvolvimento do mesmo, ao passo que o mecanismo legal capaz de regulamentar tal relação se mostra estagnada com base na Lei nº 8.245/91⁵, dando margem ao arbítrio dos empreendedores à classe lojista, que é o verdadeiro alicerce do empreendimento.

⁴ SANT’ANA, Bruna Oliveira; ABREU, Luciana Maria de. *Contrato de locação de shopping center: abusos e vulnerabilidade*. Revista das Faculdades Integradas Vianna Junior: Vianna Sapiens, Juiz de Fora: Edição especial, V.5, 2014, p. 23.

⁵ BRASIL. *Lei nº 8.245*, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.



Cada vez mais, a relação entre essas duas partes gera benefícios para a economia nacional com isso, é fundamental regulamentá-la a fim de se estabelecer um razoável equilíbrio contratual, fazendo com que os interesses das partes se encontrem, em prol de um crescimento mútuo.

Nesse diapasão, a presença do lojista juntamente com a visão de gestão do empreendedor forma um mecanismo fundamental para concretude do empreendimento como um todo, logo, não há razão para a existência de cláusulas que possam contribuir para o crescimento da inflação ou para a quebra do lojista. O interesse principal deve ser o crescimento mútuo do lojista e do empreendimento, livre de abusos e capaz de contribuir com desenvolvimento econômico pátrio.

Portanto, há inúmeros pontos que devem ser observados com atenção antes da assinatura do contrato de locação com Shopping Center, sendo certo que, em muitas situações, há a possibilidade de discussão judicial a fim de invalidar e/ou flexibilizar eventuais cláusulas abusivas ou desconformes com a legislação.

2. A PANDEMIA E SEUS EFEITOS SOBRE AS LOCAÇÕES EM GERAL E AS LOCAÇÕES COMERCIAIS

A recente situação mundial de pandemia causada pelo novo coronavírus (COVID-19) com início em Março de 2020, produziu efeitos circunstanciais no Brasil, como a crise na saúde pública brasileira que afetou fortemente diversos setores da sociedade como o setor comercial, ou seja, grandes, médias e pequenas empresas.

Em decorrência do impacto da pandemia em diversos setores da sociedade os governos federal, estadual e municipal decretaram o estado de calamidade pública através do Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020⁶, determinando medidas como o isolamento social e a quarentena, a fim de evitar o contágio do novo vírus. Com isso, inúmeras relações contratuais e comerciais foram diretamente afetadas em razão da crise econômica instaurada no país.⁷

Diante deste cenário enfrentado, foi criado um período excepcional de incertezas que consequentemente trouxe consigo uma forte recessão econômica cujos efeitos são imprevisíveis e

⁶ BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 04 jan. 2022.

⁷ MIRAGEM, Bruno. *Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/27/coronavirus-responsabilidade-civil/#_ftn1> Acesso em: 04 jan. 2022.

inestimáveis e que atingiram, circunstancialmente, as relações locatícias, especialmente as comerciais.

Inicialmente, o impacto da crise enfrentada pelo Brasil acrescentado às determinações impostas pelo poder público com relação a limitação da circulação de pessoas, fechamento de espaços públicos e privados, dentre outras medidas, ocasionaram um desequilíbrio nas relações contratuais locatícias em geral. Nas locações comerciais por exemplo, por um lado o locador necessitava do valor do aluguel para o seu sustento, mas, por outro lado o locatário não possuía meios para arcar com o aluguel diante da significativa diminuição do lucro tendo em vista as restrições impostas, como o fechamento de serviços não-essenciais por determinado período.

Logo, tendo em vista que ambos os lados da relação contratual foram afetados diretamente, o Código Civil e o Código de Processo Civil em seus artigos 391⁸ e 789⁹, respectivamente, preveem consequências expressas para o descumprimento das obrigações contratuais. No entanto, de acordo com o Código Civil em seu art. 393¹⁰, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Nesse sentido, há de se considerar a pandemia do COVID-19 um caso fortuito ou força maior tendo em vista que esta não ocorreu por vontade das partes, sendo ocasionada por circunstâncias excepcionais e insuperáveis. Portanto, pode ser utilizada como justificativa para o impedimento da configuração da responsabilidade, o que possibilita a revisão contratual ou resolução contratual, porém, não autoriza o inadimplemento.¹¹

No entanto, além do desequilíbrio contratual enfrentado pelas partes, acrescenta-se ainda, dentre as medidas adotadas pelo poder público, a criação da Lei Federal nº 14.010/20¹² que dispõe

⁸ BRASIL. *Código Civil de 2002*. “Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 04 jan. 2022.

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. “Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 jan. 2022.

¹⁰ BRASIL. *Código Civil de 2002*. “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 04 jan. 2022.

¹¹ GONÇALVES, Amanda Oliveira. *Reflexos Jurídicos da Pandemia nos Contratos Civis*. 2021. 42 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade UniEvangélica, Anápolis, 2021.

¹² BRASIL. *Lei nº 14.010*, de 10 de Junho de 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 04 jan. 2022



sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia da COVID-19, cujo propósito era regular questões sensíveis no âmbito das relações obrigacionais, societárias, reais, familiares, sucessórias e concorrenciais.

Trata-se de uma Lei emergencial e provisória que teve vigência até 30 de outubro de 2020 e que em seu art. 9º previa a suspensão das liminares nas ações de despejo.

Ocorre que, após veto do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, que considerou que o referido artigo confere uma proteção excessiva ao devedor em detrimento do credor, o Senado Federal o derrubou, porém, de forma parcial, mantendo apenas a eficácia do caput do art. 9º e restringindo o veto ao parágrafo único. Logo, assim a lei foi promulgada, prevalecendo o seu art. 9º sem o parágrafo único, ou seja, não se permitia a concessão de liminar para a desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo até o fim da vigência da lei, em 30 de outubro de 2020.¹³

Contudo, após a vigência da referida lei, na maioria dos Estados Brasileiros estava permitida, a concessão de liminares em ação de despejo. Isso porque, somente alguns Entes da Federação editaram normas próprias tratando das medidas de desapossamento de imóveis durante a crise pandêmica, como foi o caso do Estado do Rio de Janeiro com a Lei Estadual nº 9.020/2020¹⁴.

A Lei Estadual impôs a suspensão de todos os mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais no Estado do Rio de Janeiro em ações distribuídas durante o estado de calamidade pública em virtude da situação de emergência decorrente da pandemia do COVID-19, bem como a suspensão da aplicação e cobrança de multas contratuais e juros de mora de mora em casos de não pagamento de aluguel ou das prestações de quitação dos imóveis residenciais, no caso do devedor que comprove o seu estado de necessidade em decorrência da crise epidêmica.

Nesse sentido, a questão relativa à retomada dos bens imóveis durante a pandemia também se tornou objeto de atos normativos estaduais, que por excepcionalidade, o Supremo Tribunal Federal¹⁵ conferiu autonomia a estes para adotar medidas que impeçam a propagação do vírus.

¹³ TERRA, Ana Laura. DE MELO, Ana Carolina Aparecida. CUNHA, Blenda Eduarda de Melo. RAMOS, Felipe Matias Barbosa. NOGUEIRA, Juliana Franco. *Impactos do Covid-19 nos contratos de locação comercial*. 2021. 28 f. Revista Projetos Extensionistas - Faculdade de Pará de Minas – FAPAM, 2021.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 9.020*, de 25 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/935818090/lei-9020-20-rio-de-janeiro-rj>> Acesso em: 04 jan. 2022.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional nº 45.319*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6076852>> Acesso em: 04 jan. 2022.



No entanto, diante da enorme incerteza e insegurança gerada em razão das diferentes normas estaduais editadas e a busca por soluções uniformes em todo país, o Poder Legislativo Federal editou o Projeto de Lei nº 827/20¹⁶. O referido Projeto de Lei previa basicamente a suspensão até 31 de Dezembro de 2021 da proibição de concessão de liminares em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991¹⁷, notadamente nos casos de imóveis cujo valor de aluguel não ultrapassasse, no caso de locação com fins residenciais, o valor de R\$ 600,00, e na hipótese de locações comerciais, o montante de R\$ 1.200,00, bem como a isenção dos locatários do pagamento de multa em caso de denúncia antecipada do contrato de locação de imóvel, desde que frustradas as tentativas de negociação com o locador, dentre outras medidas.

Entretanto, após o veto pelo Chefe do Poder Executivo, este foi derrubado pelo Poder Legislativo, o que culminou na edição da Lei Temporária nº 14.216/21¹⁸. A referida Lei possuiu um inequívoco caráter social, visando à proteção da moradia e do trabalho das pessoas, especialmente as de baixa renda, em atendimento à dignidade da pessoa humana, na medida em que assegurava também a posse de imóveis utilizados para o exercício das atividades profissionais dos indivíduos, que consistiam em seu meio de sustento para a garantia de uma vida digna.

Logo, o propósito da lei era a proteção coletiva da posse durante o período pandêmico, bem como impedir o agravamento de uma situação preexistente, especialmente nas locações empresariais, em que o despejo ocasionaria, à quebra do agente econômico, cujos impactos no mercado são relevantes na medida em que tais atividades são uma importante fonte de circulação de riquezas, geração de empregos e arrecadação de impostos, a revelar sua inequívoca função social.¹⁹

Ademais, além do desequilíbrio contratual e das novidades legislativas temporárias trazidas pelo Poder Público ocasionadas durante a pandemia, a lei também trouxe a possibilidade de uma mudança significativa com relação ao reajuste anual dos aluguéis.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 827*, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148656>> Acesso em: 04 jan. 2022.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 8.245*, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm> Acesso em: 04 jan. 2022.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 14.216*, de 07 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14216.htm> Acesso em: 18 jan. 2022

¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *A Lei nº 14.216/2021 e a impossibilidade da retomada de bens móveis urbanos durante a pandemia*. Genjurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/12/07/a-lei-no-14-216-2021/>> Acesso em: 18 jan. 2022.

O IGP-M (Índice Geral de Preços - Mercado), principal indexador econômico dos contratos de aluguel e de prestação de serviços, que costuma ser usado para reajuste de aluguéis aumentou em 2,94% em Março de 2020. Já em 2021, o crescimento foi ainda mais expressivo, de 8,26%, de acordo com a Sebrae:

O IGP-M registra a inflação com base na análise de preços de itens que vão desde matérias-primas agrícolas e industriais até bens e serviços finais, incluindo toda a população nacional, porém, sem distinção de nível de renda. Eles são formados por três índices próprios: IPA, com 60%; IPC, com 30%; e INCC, com 10%. O IPA – Índice de Preços ao Produtor Amplo – é influenciado pelo câmbio e os preços de matérias primas como o petróleo, o café e a soja.²⁰

Geralmente, os contratos de locação de imóveis, de qualquer natureza, passam por reajuste a cada 12 meses. No entanto, está em tramitação um Projeto de Lei nº 838 de 2021²¹ que suspende os reajustes nos contratos de aluguel residencial e comercial durante a pandemia do novo coronavírus em até três meses após a superação da crise sanitária em todo o Brasil, este ainda proíbe a cobrança dos juros em empréstimos bancários tomados com o objetivo de quitar parcelas atrasadas de aluguel, por até seis meses após a sanção da futura lei.²²

Logo, dentre as diversas implicações diretas ocasionadas pela Pandemia nos contratos de locações em geral, tem-se a renegociação contratual como a solução mais viável a fim de manter o equilíbrio econômico e a boa-fé contratual, e esta pode ser pleiteada pelo locatário de acordo com o art.18 da Lei 8.245/91²³, ou, caso no meio extrajudicial não obtenha sucesso, é possível recorrer ao poder judiciário com fundamento nos artigos 422²⁴, 478²⁵, 479²⁶ e 480²⁷ do Código Civil que tratam da possibilidade da revisão contratual por onerosidade excessiva.

²⁰ SEBRAE. *Negociação de reajuste do aluguel na pandemia e depois que ela acabar*. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/negociacao-de-reajuste-do-aluguel-na-pandemia-e-depois-que-ela-acabar,3a511e07f09a8710VgnVCM100000d701210aRCRD>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

²¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 838*, de 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2273587>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

²² PORTAL EXAME. *Projeto suspende reajuste de aluguel até 3 meses após o fim da pandemia*. 2021. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/projeto-suspende-reajuste-de-aluguel-ate-3-meses-apos-pandemia/>> Acesso em: 20 jan. 2022.

²³ BRASIL. *Lei nº 8.245*, de 10 de outubro de 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm> Acesso em: 20 jan. 2022.

²⁴ BRASIL. *Código Civil de 2002*. “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 04 jan. 2022.

²⁵ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 04 jan. 2022.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 25.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 25.

3. A POSSIBILIDADE DA REVISÃO CONTRATUAL NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS EM SHOPPING CENTER

No que tange aos contratos de locação comerciais, especialmente nas locações de shopping center e suas peculiaridades, as partes objeto do contrato possuem diversos encargos e implicações, diferentes de um contrato de locação comum, sendo o encargo do aluguel o mais afetado pela pandemia e as determinações sanitárias impostas pelos governos.²⁸

Outrossim, o aluguel nos contratos locatícios de shopping center possui duas formas de ser calculado: o aluguel fixo, que já vem estipulado previamente em contrato e o aluguel percentual que é auferido com base no faturamento que o lojista obteve no mês. Não é possível o pagamento dos dois tipos cumulativamente, porém, o lojista se obter o faturamento superior ao limite previsto no contrato deverá pagar o aluguel percentual e, em contrapartida, se o faturamento for igual ou inferior ao limite, será devido o valor de aluguel fixo previamente pactuado.

Além do encargo do aluguel, o contrato de locação em shopping center possui diversas cláusulas especiais baseadas no Art. 54 da Lei nº 8.245/91²⁹, como o aluguel proporcional, o aluguel em dobro em determinados meses, cobrança de fundo de promoção, taxa de condomínio, luvas, dentre outras.

Com isso, o contrato de locação em shopping center trata-se de um contrato oneroso, cuja principal contraprestação pela cessão da posse do imóvel é o pagamento do respectivo aluguel, de modo que, a remuneração só será devida quando o locatário detiver a posse ou a mera disponibilidade do imóvel.

Em razão das determinações sanitárias impostas pelo Poder Público, como o fechamento dos shopping centers e do comércio não essencial, não ocorreu de fato um desapossamento do imóvel pelo locatário tendo em vista que diversos locadores, durante este período imprevisível, não retomaram a posse do bem. Ocorreu na verdade, uma impossibilidade de exercício das atividades durante determinado período em razão da determinação do poder público e não do empreendedor responsável pelo shopping.

²⁸ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos Mercantis*. 3. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2020, p. 592-597.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 23.

Uma possível solução seria a redução, ou a supressão, do pagamento das taxas condominiais. Com a redução das despesas comuns, é possível a redução proporcional do valor do “condomínio”, cuja demonstração contábil não se revela complexa, o que facilitaria o lojista e não impede que o empreendedor custeie sozinho as despesas.

Ocorre que, neste tipo de contrato, para o reestabelecimento do equilíbrio da relação contratual, a melhor solução seria a revisão contratual invocando-se a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva observando-se a justiça contratual e o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato tanto para se questionar os valores dos aluguéis quanto de outros encargos. Nesse sentido, com o diálogo entre as partes, o locatário deve considerar o cumprimento efetivo do contrato em vigor e sua capacidade de retomada, enquanto o locador deve avaliar com cautela os aspectos da locação, como o risco de crise no setor, por exemplo.

No entanto, embora a suspensão do pagamento dos aluguéis não enseja a melhor medida, no caso de não cumprimento da obrigação no prazo, poderá o locatário se eximir do pagamento da multa, demais encargos e consectários da mora tendo em vista a ocorrência de um evento fortuito ou de força maior que reclama a aplicação do disposto no art. 393³⁰ do Código Civil.

No que concerne aos contratos de locação em shoppings centers, em especial, estes são contratos que preveem em sua essência uma vigência extensa e com a pandemia causada pelo novo coronavírus, que ocasionou efeitos em escala mundial, as medidas implementadas para o controle da doença em benefício coletivo continuam afetando de maneira absurda o faturamento dos lojistas. Logo, verifica-se cada vez mais um maior desequilíbrio contratual entre as partes, ensejando sobremaneira a necessidade da revisão contratual.

Com isso, o vínculo contratual, por força dos princípios da *pacta sunt servanda* e o da força obrigatória dos contratos, se baseia principalmente no cumprimento dos contratos tendo em vista que o objetivo principal das partes é adimplir com suas obrigações³¹. Logo, a necessidade de cumprimento dos contratos não é apenas um mero formalismo ou apego às tradições, como se fosse

³⁰ BRASIL. *Código Civil de 2002*. “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 09 fev. 2022.

³¹ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito Privado e Emergencial: O regime jurídico transitório nas relações privadas no período da pandemia do Covid-19*. Rio de Janeiro: Foco, 2020.

apenas uma imposição moral de que o homem deve honrar com a palavra dada, nas palavras de Orlando Gomes, “a pedra angular da segurança do comércio jurídico”³².

Entretanto, é completamente admissível a revisão destes contratos junto ao Poder Judiciário, situação que vem ocorrendo com frequência durante o período de pandemia. A jurisprudência pátria, pautada pela teoria da imprevisão, têm admitido descontos e, em diversos casos, afastado algumas das cobranças previstas em contrato, conforme vislumbra-se no julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo³³, no qual determinou a prevalência do aluguel percentual e afastou a cobrança do aluguel mínimo e fundo de promoção.

As decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo têm levado em conta o peso das despesas acessórias à locação, seja por sua redução lógica em decorrência de fechamentos e redução de horários de funcionamento tendo em vista que os estabelecimentos sem funcionamento geram menos despesas comuns, seja pela sua composição, quando comparado com a performance do locatário. A pandemia realizou modificações significativas no âmbito dos negócios, de modo que os ajustes locatícios não podem se manter indiferentes à realidade que agora se impõe. E o judiciário tem sido sensível a esse novo cenário, analisando cada caso de acordo com as suas particularidades.

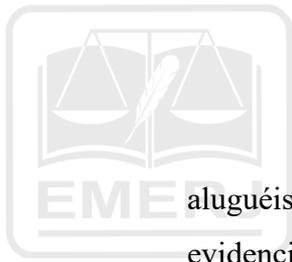
Após uma minuciosa análise da jurisprudência atual do Tribunal de Justiça de São Paulo verifica-se uma tendência pró-lojistas, com a concessão de descontos nos aluguéis que atingem até 50% do valor previsto no contrato. Contudo, a mera alegação da pandemia como motivação para a revisão contratual não merece prosperar tendo em vista que é imprescindível a apresentação de documentos que demonstrem a real alteração da capacidade econômica do lojista, diante do preenchimento de um dos requisitos da teoria da imprevisão, o que enseja na análise pelo Poder Judiciário e restabelecimento do equilíbrio contratual entre locatários e locadores.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar os efeitos diretos da pandemia do COVID-19 nas locações comerciais em shopping center e quais são os seus desdobramentos e impactos nestas relações contratuais, em especial, quanto aos encargos dos

³² GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1057666-35.2020.8.26.0100*. Relator: Desembargador Ruy Coppola. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1166983631/apelacao-civel-ac-10576663520208260100-sp-1057666-3520208260100/inteiro-teor-1166983651>>. Acesso em: 28 fev. 2022.



aluguéis. Buscou-se a partir dos apontamentos da doutrina, legislação e jurisprudência atuais, evidenciar que o tema não é unânime e provoca diversas discussões.

Ressaltou-se que a pandemia afetou diretamente em diversos pontos de vista os contratos de locação comerciais, em especial, os de shopping centers, em razão principalmente das características peculiares deste tipo de contrato que implicam diretamente na discussão quanto a possibilidade da revisão contratual para a manutenção do equilíbrio contratual.

Assim, o encargo dos aluguéis nas locações comerciais em shopping centers foi diretamente afetado durante o período da pandemia, principalmente, diante da redução drástica do público consumidor durante o período e causando um enorme desequilíbrio contratual entre as partes.

A relevância do tema se dá, principalmente, no que tange à afetação deste fato pandêmico, não apenas na saúde e vida das pessoas, mas também nas relações jurídicas. A pandemia, evento fortuito e incerto, introduziu mudanças significativas no ambiente de negócios de modo que os ajustes locatícios tendem a ser necessários diante da realidade que se impõe.

Portanto, verificou-se que a melhor solução seria o diálogo entre as partes para a manutenção do reequilíbrio contratual, ou caso não seja possível, o ingresso com um processo no judiciário. Constatou-se, após a análise do presente artigo, que as decisões judiciais têm levado em conta o peso das despesas acessórias à locação, seja pela redução lógica de faturamento em decorrência dos fechamentos dos estabelecimentos e redução de horários de funcionamento, que afetou diretamente diversos empreendimentos em escala mundial.

Em que pese a inevitável discussão entre os entendimentos jurisprudenciais, verificou-se uma tendência maior pró-lojistas, com a concessão de descontos nos aluguéis que atingem até 50% do valor previsto no contrato. Entretanto, não basta a mera alegação da pandemia para a revisão contratual, é preciso que em conjunto ao pedido seja apresentado os documentos que demonstram a real alteração da capacidade econômica do lojista, tendo em vista ser este um dos requisitos da teoria da imprevisão, o que enseja na análise do Poder Judiciário e restabelecimento do equilíbrio contratual entre locatários e locadores.

Conclui-se assim, que a conciliação é a melhor forma de resolução de conflitos, principalmente durante o período da pandemia, cenário em que situações inesperadas surgem diariamente, exigindo de todos maior compreensão e diálogo. Com isso, o Judiciário pode ser acionado nos casos em que a conciliação não obteve sucesso, contudo, é importante lembrar que

tanto o locador quanto o locatário estão sofrendo ou sofrerão os impactos dessa crise econômica. Por isso, a fim de preservar a relação já existente (contrato de locação) é importante a manutenção do diálogo entre as partes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 04 jan. 2022.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 jan. 2022.

_____. *Decreto Legislativo nº 6*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 04 jan. 2022.

_____. *Lei 8.245*, de 10 de outubro de 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm> Acesso em: 20 jan. 2022.

_____. *Lei nº 9.020*, de 25 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/935818090/lei-9020-20-rio-de-janeiro-rj>> Acesso em: 04 jan. 2022.

_____. *Lei nº 14.010*, de 10 de Junho de 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 04 jan. 2022.

_____. *Lei nº 14.216*, de 07 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2019-2022/2021/Lei/L14216.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

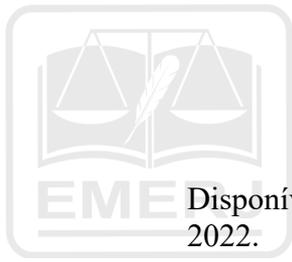
_____. *Projeto de Lei nº 827*, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148656>> Acesso em: 04 jan. 2022.

_____. *Projeto de Lei nº 838*, de 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2273587>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional nº 45.319*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6076852>> Acesso em: 04 jan. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1057666-35.2020.8.26.0100*. Relator: Desembargador Ruy Coppola. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1166983631/apelacao-civel-ac-10576663520208260100-sp-1057666-3520208260100/inteiro-teor-1166983651>>. Acesso em: 28 fev. 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *A Lei nº 14.216/2021 e a impossibilidade da retomada de bens móveis urbanos durante a pandemia*. Genjurídico.



Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/12/07/a-lei-no-14-216-2021/>> Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. *Direito Privado e Emergencial: O regime jurídico transitório nas relações privadas no período da pandemia do Covid-19*. Rio de Janeiro: Foco, 2020.

GONÇALVES, Amanda Oliveira. *Reflexos Jurídicos da Pandemia nos Contratos Cíveis*. 2021. 42 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade UniEvangélica, Anápolis, 2021.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/27/coronavirus-responsabilidade-civil/#_ftn1> Acesso em: 04 jan. 2022.

NEGOCIAÇÃO DE REAJUSTE DO ALUGUEL NA PANDEMIA E DEPOIS QUE ELA ACABAR. 2021. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/negociacao-de-reajuste-do-aluguel-na-pandemia-e-depois-que-ela-acabar,3a511e07f09a8710VgnVCM100000d701210aRCRD>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos Mercantis*. 3. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

PORTAL EXAME. *Projeto suspende reajuste de aluguel até 3 meses após o fim da pandemia*. 2021. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/projeto-suspende-reajuste-de-aluguel-ate-3-meses-apos-pandemia/>> Acesso em: 20 jan. 2022.

REQUIÃO, Rubens. *Considerações jurídicas sobre os shopping centers no Brasil*. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.) “Shopping Centers”: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à Nova Lei do Inquilinato*. 9. ed. São Paulo: Forense, 1986.

TERRA, Ana Laura; MELO, Ana Carolina Aparecida de; CUNHA, Blenda Eduarda de Melo; RAMOS, Felipe Matias Barbosa; NOGUEIRA, Juliana Franco; *Impactos do Covid-19 nos contratos de locação comercial*. 2021. 28 f. Revista Projetos Extensionistas - Faculdade de Pará de Minas – FAPAM, 2021.

A (IN)COMPATIBILIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COM O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Natália Nogueira Rodrigues

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

Resumo – os crimes de perigo abstrato contam com diversas previsões normativas na legislação criminal brasileira, constituindo importante mecanismo de resguardo dos bens jurídicos da chamada “sociedade de riscos”. No entanto, a concepção tradicional de tal espécie delitiva como presunção absoluta de perigo leva a deturpações jurídicas, de modo a infringir a subsidiariedade e a lesividade inerentes ao Direito Penal. Diante desse contexto, a pesquisa visa contornar essas problemáticas, adotando perspectiva diferenciada quanto aos crimes de perigo abstrato, de modo a defender sua constitucionalidade. Como consequência, o presente trabalho defende a compatibilização dos delitos de perigo abstrato com o princípio da insignificância, possibilitando uma aplicação concreta mais coerente da espécie delitiva em análise, em conformidade com os postulados do Direito Penal.

Palavras-chave – Direito Penal. Crimes de perigo abstrato. Princípio da lesividade. Princípio da insignificância.

Sumário – Introdução. 1. O debate sobre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato à luz do princípio da lesividade. 2. Crimes de perigo abstrato: compatíveis com o princípio da insignificância? 3. O descompasso jurisprudencial do STF e do STJ quanto à insignificância nos crimes de perigo abstrato. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfoca a temática da (in)compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o princípio da insignificância. Ocupa-se, portanto, da discussão acerca da possibilidade de afastar a incidência do Direito Penal sobre condutas formalmente típicas, ou seja, que se enquadram na descrição dos tipos penais de perigo abstrato, mas que não representam relevante violação material aos bens jurídicos tutelados penalmente.

Os crimes de perigo abstrato são aqueles nos quais, de acordo com a doutrina tradicional, há presunção absoluta do perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, prescindindo de comprovação de efetivo dano ou de perigo concreto. É o caso, por exemplo, do crime de embriaguez ao volante (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro) e do crime de pesca ilegal (art. 34 da Lei nº 9.605/98).

Essa espécie delitiva tem sido cada vez mais incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro e revela grande importância na sociedade hodierna. Isso porque visa a proteção de bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, a saúde pública, a economia popular etc., os



quais têm conquistado para si especial atenção no mundo jurídico, até mesmo por muitas vezes configurarem direitos fundamentais de terceira geração.

Apesar de sua relevância, a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato é questionada por diversos autores, em atenção ao princípio da lesividade, segundo o qual apenas serão tuteladas pelo Direito Penal as condutas que oferecerem lesão ou efetivo perigo de lesão a bens jurídicos. Esse questionamento é superado pelos Tribunais Superiores, os quais concluem pela harmonia dos crimes de perigo abstrato com o ordenamento jurídico brasileiro.

Embora entendam pela constitucionalidade desses delitos, o STF e o STJ seguem a premissa, segundo eles absoluta, de que a tais tipos penais não seria aplicável o princípio da insignificância, preceito que funciona como limitador do Direito Penal, afastando-o de ofensas irrelevantes a bens jurídicos. Os Tribunais Superiores, contudo, apresentam meras justificativas genéricas para essa vedação, sem se debruçar sobre fundamentos jurídicos sólidos para tanto. A falta de concretude argumentativa é demonstrada pela aplicação excepcional, porém reiterada, do princípio da insignificância a alguns crimes de perigo abstrato por essas mesmas Cortes, o que revela o dissenso interpretativo.

A compreensão externada pelo STF e pelo STJ se mostra problemática, ainda, porque permite a persecução penal ilimitada de condutas materialmente insignificantes, as quais o legislador nem mesmo visava coibir criminalmente por não representarem violação relevante a bens jurídicos. Tal conjuntura também vai de encontro à própria sistemática do Direito Penal, que tem a subsidiariedade como característica essencial, atuando sob a máxima da intervenção mínima e como *ultima ratio* do ordenamento jurídico.

Diante de tal problemática, inicialmente, no primeiro capítulo do trabalho, analisa-se a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato à luz do princípio da lesividade. A partir desse exame, adota-se, por conseguinte, uma abordagem teórica mais moderna sobre a estrutura dos crimes de perigo abstrato, capaz de permitir sua manutenção no ordenamento jurídico.

Em sequência, no segundo capítulo, argumenta-se como consequência lógica da nova perspectiva teórica acolhida a compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o princípio da insignificância, ainda que haja doutrina e jurisprudência em sentido contrário.

Por fim, no terceiro capítulo, defende-se a necessidade de modificação da interpretação feita pelos Tribunais Superiores, de modo que se torne mais coerente quanto à incidência do princípio da insignificância sobre casos concretos que versem sobre crimes de perigo abstrato. Aponta-se, ainda, solução jurídica capaz de contornar o descompasso jurisprudencial com base na abordagem adotada nos capítulos pretéritos.

Para tanto, a presente pesquisa faz uso do método hipotético-dedutivo. Parte-se, portanto, de premissas hipotéticas para análise minuciosa do objeto de pesquisa, as quais serão comprovadas ou rechaçadas por argumentos jurídicos.

Nesse sentido, este trabalho é feito com abordagens qualitativa, voltando-se ao exame de relevante e controverso fenômeno jurídico, e exploratória, colhendo-se informações por meio de legislação, doutrina e jurisprudência. Quanto ao procedimento a ser utilizado para a reunião de dados, é feita pesquisa bibliográfica, uma vez que a temática do trabalho é investigada mediante levantamento de fontes e leitura analítica de materiais já escritos e publicados.

1. O DEBATE SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

De acordo com Claus Roxin¹, em um Estado Democrático de Direito, a função precípua do Direito Penal é a garantia de uma coexistência social livre e pacífica entre os cidadãos, com o devido respeito aos direitos humanos. O Direito Penal se propõe, então, a tutelar valores que sejam capazes de resguardar tal conjectura, o que, resumidamente, se traduz na proteção de bens jurídicos.

Conforme leciona Luís Greco², bens jurídicos nada mais são do que “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”, como a vida, a fé pública, a ordem econômica etc. Trata-se, portanto, de conceito jurídico que abarca tanto as faculdades intrínsecas e fundamentais à condição humana quanto o próprio sistema social que garante o exercício dessas essencialidades pelos cidadãos, sistemática fundamentada na máxima da dignidade da pessoa humana³.

Como materialização dessa ideia, surge o princípio da lesividade ou da ofensividade, segundo o qual, para uma conduta ser criminalizada, é necessário que ela efetivamente lesione

¹ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 447.

² GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 12, nº 49, p. 107, ago. 2004.

³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, [e-book].

ou ofereça perigo de lesão a um bem jurídico penalmente relevante⁴. Para a incidência jurídico-penal, não basta que determinado comportamento se mostre meramente contrário a um dever legal sem que haja qualquer afetação a um bem jurídico, caso em que a conduta simplesmente não terá contornos penais.

Nesse contexto, os tipos penais podem ser classificados em tipos de lesão, em que é causado efetivo dano ao bem jurídico tutelado, e tipos de perigo, os quais se subdividem em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. De acordo com a doutrina tradicional, os crimes de perigo concreto seriam aqueles em que o bem jurídico, apesar de não lesionado, foi comprovadamente colocado em risco, sendo a ausência de ofensa material mera obra do acaso. Por outro lado, os crimes de perigo abstrato revelariam comportamentos com presunção absoluta de perigo, independente de potencialidade ofensiva concreta ao bem jurídico⁵.

Levando em consideração o princípio da lesividade, fundamentado na máxima da dignidade da pessoa humana, muitas são as vozes que entoam pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato sob essa perspectiva tradicional de incriminação de mera conduta sem resultado material correspondente. Nesse sentido se posiciona Luigi Ferrajoli⁶, para quem a presunção absoluta de perigo como critério de criminalização viola o princípio da lesividade por justificar a tipificação de qualquer conduta formalmente contrária a lei, ainda que inócua quanto à efetiva produção de perigo a um bem jurídico.

Não obstante a controvérsia doutrinária, a jurisprudência do STJ e do STF é firme ao estabelecer a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, ainda que empregada a perspectiva tradicional de presunção absoluta de perigo. No entanto, os Tribunais Superiores apenas justificam tal posição com base em fatores de política criminal e de opção legislativa, sem aprofundar a análise⁷.

Em verdade, ao contrário do sustentado pelo STF e pelo STJ, a partir da concepção dos crimes de perigo abstrato como presunção absoluta de perigo, entende-se que não há como contornar o embate dessa espécie delitiva com o princípio da lesividade. Isso porque, ao não se admitir prova em contrário para análise da adequação típica, uma conduta que não ofereça

⁴ FELDENS, Luciano. Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkener (org.). *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, v. 1, p. 382-384.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 107.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, [e-book].

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 109.269/MG*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199813/false>>. Acesso em: 11 out. 2021.

qualquer perigo fático a um bem jurídico penalmente tutelado ainda assim será considerada criminosa, simplesmente por sua contrariedade formal à lei.

Ao mesmo tempo, pugnar pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato sem maiores considerações se mostra problemático no contexto penalista brasileiro, dado que são inúmeras as infrações que se enquadram nessa espécie delitiva. Extirpar todos esses crimes do ordenamento jurídico resultaria em enormes brechas legislativas, enfraquecendo a segurança jurídica do sistema criminal como um todo.

Soma-se a isso o fato de que os crimes de perigo abstrato têm se revelado como importantes mecanismos de resguardo a bens jurídicos na chamada “sociedade de riscos”, na qual ineditismos são frequentes, antecipando-se à própria criação de danos de grande magnitude e potencialmente irreversíveis. O advento de novas tecnologias que implicam em atividades de alto risco e na dificuldade de identificação de nexos causal entre conduta e resultado, a massificação das relações e a premente necessidade de proteção de bens jurídicos coletivos, como é o caso do meio ambiente, são apenas alguns dos pilares que sustentam os crimes de perigo abstrato⁸.

Nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini⁹:

os novos âmbitos de periculosidade, com suas características inéditas, direcionam a atividade legislativa ao emprego desta técnica de tipificação, daí sua presença representativa nos diplomas legais contemporâneos. O perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão do direito penal, na ânsia por fazer frente aos temores que acompanham o desenvolvimento científico e econômico da atualidade.

Nesse sentido, a tese de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato deve ser encarada em tom crítico. Devem ser feitas considerações mais cuidadosas, buscando-se abordagens que permitam a manutenção dessa espécie delitiva no sistema penal brasileiro.

Os crimes de perigo abstrato, assim como os crimes de lesão e os crimes de perigo concreto, visam em última análise tutelar bens jurídicos, estando de acordo com a função primordial do Direito Penal. Nesse ponto, não se vislumbra qualquer discordância com o princípio da lesividade. Não há problemas, ainda, quando os tipos penais se referem a condutas que causam perigo comprovado aos bens jurídicos, sendo esse o conteúdo classicamente atribuído aos crimes de perigo concreto, cuja constitucionalidade é bem-vinda na doutrina.

⁸ BOTTINI, op. cit., [e-book].

⁹ Ibid.

Os obstáculos começam a surgir quando se remete à especial forma de proteção que os crimes de perigo abstrato se propõem a fazer, como bem elucidado por Luís Greco¹⁰. A problemática, portanto, nasce justamente na presunção de potencialidade lesiva de determinadas condutas elencadas pelo legislador, a qual deve ser contornada de modo a compatibilizar crimes de perigo abstrato com o princípio da lesividade.

Como já dito, de acordo com esse preceito, as condutas criminalizadas devem, pelo menos, produzir algum tipo de risco a um bem jurídico penalmente tutelado. Consequentemente, os crimes de perigo abstrato devem ter como premissa inexorável a criação de um risco, o qual, repita-se, não pode ser presumido, sob pena de funcionar como mera “motivação legislativa, não exercendo nenhum papel em âmbito hermenêutico-aplicativo”¹¹.

A diferenciação proposta para superação da concepção tradicional sobre os delitos de perigo abstrato se relaciona com a forma de constatação do perigo criado pela conduta para que ela se torne típica. É necessário, pois, o desenvolvimento de “um método que permita ao intérprete verificar esta periculosidade no caso concreto, e incorporar o risco como atributo indispensável da ação típica”¹².

Contemporaneamente, a melhor alternativa consiste no exame das circunstâncias fáticas geradoras ou não de periculosidade por meio de um juízo *ex ante*. O terceiro observador, com as informações que têm disponíveis para si durante a realização de determinado comportamento, conclui se este gerou ou não risco ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal cuja incidência é discutida em concreto. Caso nenhum perigo seja constatado por ele, não se considerará típica a conduta.

Nesse sentido expõe Pierpaolo Cruz Bottini¹³:

a constatação desta periculosidade se faz por um juízo *ex ante*, que compreende uma perspectiva ontológica, realizada por meio de um observador externo, que incorpore os conhecimentos especiais do autor sobre o contexto do risco, e sob uma perspectiva nomológica, que agrega a experiência e o conhecimento geral da época sobre cursos causais e projeções futuras do risco criado.

Dessa maneira, não se tem uma presunção absoluta de perigo, de modo que condutas materialmente inócuas não configuram tipos penais de perigo abstrato. O que ocorre, na verdade, é uma constatação do risco criado ao bem jurídico enquanto o autor pratica o

¹⁰ GRECO, op. cit., p. 118.

¹¹ D’ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 75, p. 15, 2014.

¹² BOTTINI, op. cit., [e-book].

¹³ Ibid.

comportamento descrito no tipo penal. Assim, ainda que a conduta se adeque à descrição de um crime, se não é identificado perigo palpável enquanto ela é realizada, não há que se falar em tipicidade, afastando-se a incidência do delito de perigo abstrato.

A partir dessa abordagem, a diferença central entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto seria a de que estes permitiriam uma análise minuciosa da conduta inclusive após a sua realização, sob um juízo *ex post*. Nesse caso, o terceiro observador, para aferição do risco ao bem jurídico tutelado, consideraria tanto as informações disponíveis enquanto o comportamento é praticado quanto as coletadas após o seu fim, como, por exemplo, aquelas atestadas por uma perícia.

Sob essa abordagem, tanto os crimes de perigo concreto quanto os crimes de perigo abstrato pressuporiam um risco ao bem jurídico penalmente tutelado, coadunados com o princípio da lesividade e, via de consequência, compatíveis com a Constituição. A distinção entre as espécies delitivas repousaria sobre a forma de constatação do perigo, e não sobre a presunção acerca deste.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO: COMPATÍVEIS COM O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA?

Para que determinado fato tenha contornos penais, é necessário que ele seja típico, ilícito e culpável. A tipicidade penal consiste, basicamente, na “conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”¹⁴. Trata-se, em verdade, da subsunção de determinada conduta em concreto com aquela descrita na legislação penal como criminosa.

A tipicidade penal pode ser encarada sob o viés formal, que se refere à mera coadunação do comportamento com os elementos descritivos contidos no tipo penal; e sob a perspectiva material, pela qual a conduta, para ser típica, deve revelar lesividade e inadequação sociais¹⁵.

O princípio da insignificância se insere justamente no âmbito da tipicidade material, considerando sua concepção contemporânea dada em 1964 por Claus Roxin¹⁶, que se inspirou

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305.

¹⁵ MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53-54.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 73-74.

no brocardo latino da *minima non curat praetor*, utilizado no Direito Romano¹⁷. O preceito, em atenção à característica de subsidiariedade do Direito Penal, se propõe a afastar a tipicidade das condutas que, como o nome já diz, são insignificantes, ou seja, que apresentam ofensa de mínima gravidade aos bens jurídicos tutelados.

Nas palavras de Carlos Vico Mañas¹⁸:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Pode-se dizer, ainda, que “o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal”¹⁹: enquanto a lesividade exige a lesão ou o perigo de lesão a um bem jurídico para incidência da normativa penal, a insignificância, em contraponto, afasta da relevância penal aquelas condutas que importam em lesão ou perigo de lesão exíguos ao bem jurídico.

No Brasil, a aplicação do princípio da insignificância nos casos concretos costuma observar alguns parâmetros fixados pelo STF²⁰, quais sejam: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica causada. Exige-se, portanto, que o contexto fático em que a conduta criminosa foi praticada seja examinado de forma global, com todas as suas nuances.

No que diz respeito aos crimes de perigo abstrato, costuma-se afirmar peremptoriamente acerca de sua incompatibilidade com o princípio da insignificância, tese reiteradamente exarada pelo STF²¹ e pelo STJ²². No entanto, verifica-se que tal afirmação é feita de maneira genérica, sem que fundamentos jurídicos sejam pormenorizados para tanto.

¹⁷ MAÑAS, op. cit., p. 56.

¹⁸ Ibid., p. 81.

¹⁹ CIRINO, op. cit., p. 50.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 202883 AgR*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur452932/false>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 158087 AgR*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392478/false>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC 693572*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PERIGO+ABSTRATO+INSIGNIFICANCIA&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 21 fev. 2022.

Acredita-se que tal conjuntura se deve à adoção da perspectiva tradicional dos crimes de perigo abstrato como presunção absoluta de perigo. De fato, caso tal espécie delitiva consistisse unicamente na prática de determinada conduta abstratamente considerada perigosa e prescindisse de comprovação concreta, realmente não se vislumbraria outra alternativa a não ser a sua incompatibilidade com a insignificância, dado que, pela mera adequação do comportamento com a descrição penal, este seria considerado arriscado e, portanto, típico.

Contudo, como exposto no primeiro capítulo deste trabalho, os crimes de perigo abstrato não podem ser encarados como mera presunção absoluta de exposição do bem jurídico a um risco. Os delitos de perigo abstrato reclamam, em verdade, por uma técnica investigativa das circunstâncias fáticas de modo *ex ante*, ou seja, considerativa do contexto existente durante a realização da conduta pelo agente, por intermédio de um terceiro observador.

Esse terceiro, ao contemplar as particularidades da situação materialmente criada pelo agente delitivo, pode concluir ou não pela periculosidade do comportamento concreto. Esse juízo vai depender da efetiva capacidade de tais peculiaridades fáticas reputarem perigo ao bem jurídico tutelado naquele momento em que estão sendo postas em prática pelo autor do crime.

Nesse sentido, ainda que a conduta praticada se adeque formalmente a determinado tipo penal, se o terceiro observador, numa perspectiva *ex ante*, não a considerar efetivamente perigosa ao bem jurídico tutelado, não haverá que se falar em tipicidade material do fato, o qual deixará de ser penalmente relevante.

Conforme leciona Fábio Roberto D'Ávila²³:

O critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato é, desse modo, um critério misto, objetivo-normativo, expresso na ideia de possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico, a ser constatada, pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total.

É exatamente sob essa lógica que o princípio da insignificância deve trabalhar com os crimes de perigo abstrato. O terceiro observador, ao analisar as circunstâncias materiais durante a realização de conduta que se coaduna formalmente a um tipo penal de perigo abstrato, pode verificar que, embora haja criação de risco ao bem jurídico, este risco é ínfimo, sendo praticamente impossível a sua eventual concretização lesiva. Ainda, o terceiro observador, no exame *ex ante* do comportamento, pode concluir que, embora tenha sido criado risco efetivo, este resultaria em uma ofensa insignificante ao bem jurídico²⁴. Ambas as hipóteses ingressariam

²³ D'ÁVILA, op. cit., p. 19.

²⁴ CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos Crimes que Tutelam Bens Jurídicos Difusos*. 2011. 198 f. Tese (doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

na esfera do princípio da insignificância, afastando a tipicidade material do fato por ausência de lesividade social relevante.

Supõe-se que alguém confie a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, incidindo formalmente no tipo penal do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)²⁵, delito de perigo abstrato. Contudo, a pessoa não habilitada, na verdade, estava matriculada em uma autoescola, tendo cumprido toda a carga horária das aulas práticas, faltando-lhe apenas prestar o exame final. Soma-se a isso o fato ter ocorrido em rua com pouco movimento.

Nesse exemplo hipotético, o terceiro observador, em um exame *ex ante*, ainda que enxergue perigo ao bem jurídico, observará que tal risco é mínimo, sendo abarcado pela insignificância. Isso porque o condutor, apesar de não habilitado, dado que não foi aprovado no exame prático de habilitação, o qual é imprescindível à constatação de efetiva aptidão para dirigir veículo automotor, tinha noções básicas de direção, tendo o fato ocorrido, ainda, em local de pouco movimento. Dessa forma, aquele que confiou o veículo a pessoa não habilitada, apesar de ter formalmente praticado o tipo penal do art. 310 do CTB²⁶, não criou lesividade social relevante, não havendo que ser condenado pelo delito.

Assim, constata-se que, considerados os crimes de perigo abstrato como aqueles que exigem constatação de risco ao bem jurídico numa perspectiva *ex ante*, são eles plenamente compatíveis com o princípio da insignificância.

3. O DESCOMPASSO JURISPRUDENCIAL DO STF E DO STJ QUANTO À INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

O STJ²⁷ e o STF²⁸, adotando a tese tradicional que caracteriza os crimes de perigo abstrato como mera presunção absoluta de risco ao bem jurídico, costumam afirmar peremptoriamente que o princípio da insignificância é inaplicável a essa espécie delitiva. As Cortes apresentam argumentos genéricos inaptos a justificar tal conclusão, esquivando-se do

²⁵ BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 338153*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502533014&dt_publicacao=10/05/2016>. Acesso em: 12 mar. 2022.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 148801 AgR*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748138673>>. Acesso em: 12 mar. 2022.



princípio da fundamentação das decisões judiciais²⁹, previsto expressamente no art. 93, inciso IX, da CRFB/88³⁰.

Contudo, em verdadeiro dissenso jurisprudencial, recentemente o STF e o STJ têm proferido diversas decisões em que compatibilizam o princípio da insignificância com os delitos de perigo abstrato, principalmente quando consideradas as diversas peculiaridades fáticas à luz da proporcionalidade, do Direito Penal mínimo e dos ideais de Justiça.

Sob tais premissas, neste capítulo, pretende-se analisar dois casos concretos envolvendo crimes de perigo abstrato em que o STF e o STJ aplicaram o princípio da insignificância. Busca-se demonstrar que as conclusões a que chegaram os Tribunais Superiores se devem justamente ao fato de que, nos crimes de perigo abstrato, não há propriamente uma presunção absoluta de perigo. Nessa espécie delitativa, há, em verdade, a efetiva criação de um risco, a ser verificado por um terceiro observador mediante uma perspectiva *ex ante*, como proposto nos capítulos anteriores. Assim, visa-se demonstrar que, a depender da hipótese fática, é plenamente válida a aferição da irrelevância da periculosidade produzida pelo sujeito ativo do comportamento com a consequente aplicabilidade do princípio da insignificância.

Em outras palavras, pretende-se elucidar como a interpretação já exposta nos capítulos anteriores sobre os crimes de perigo abstrato é capaz de trazer harmonia à jurisprudência do STF e do STJ, sobretudo no que diz respeito à aplicação do princípio da insignificância, de modo a corrigir o dissenso jurisprudencial dessas Cortes.

O primeiro acórdão a ser estudado é o referente ao REsp 1.409.051/SC³¹, divulgado em 2017 no Informativo nº 602 do STJ³² e cuja ementa é a seguinte:

RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. A devolução do peixe vivo ao rio demonstra a mínima ofensividade ao meio ambiente, circunstância registrada no "Relatório de Fiscalização firmado pelo

²⁹ NEVES, Guilherme Valli de Moraes; GUSELLA, Gabriela Azeredo. A (in)aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de perigo abstrato. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, 27, 2016, Salvador. *Direito Penal, Processo Penal e Constituição I*. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 36. Disponível em: <<http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/0ds65m46/o4376433/8SKfgHX6sv4683Yp.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

³⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2022.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1409051*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303383938&dt_publicacao=28/04/2017>. Acesso em: 13 mar. 2022.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 602*, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=%270602%27.cod.>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

ICMBio [em que] foi informado que a gravidade do dano foi leve, além do crime não ter sido cometido atingindo espécies ameaçadas."

2. Os instrumentos utilizados - vara de molinete com carretilha, linhas e isopor -, são de uso permitido e não configuram profissionalismo, mas ao contrário, demonstram o amadorismo da conduta do denunciado. Precedente.

3. Na ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verifica-se a atipicidade da conduta.

4. Recurso especial provido para reconhecer a atipicidade material da conduta, restabelecendo a decisão primeva de rejeição da denúncia.

No caso concreto, o autor do fato pescou um peixe em local interdito por órgão competente, conduta que se enquadra no tipo penal previsto no art. 34, *caput*, da Lei nº 9.605/1998³³ – crime de pesca ilegal. Contudo, apesar de haver adequação formal típica do comportamento, considerando que o sujeito retornou o peixe ainda vivo ao mar, o STJ aplicou à hipótese o princípio da insignificância, retirando a tipicidade material do fato e impedindo que o sujeito fosse condenado criminalmente por este.

Adotada a tese tradicional do crime de perigo abstrato como presunção absoluta de periculosidade que não admite prova em contrário, nunca seria possível o afastamento da tipicidade do fato que reúne todos os elementos do tipo penal, sob pena de incoerência jurídica. Por que, então, o STJ adotou postura diversa? Porque o Tribunal Superior constatou, em concreto, a irrelevância do perigo efetivamente produzido em relação ao bem jurídico tutelado, qual seja, o meio ambiente.

E como é possível constatar a ausência de produção de efetivo perigo de maneira a justificar a aplicação do princípio da insignificância na hipótese em tela? Por meio da sistemática do terceiro observador sob uma perspectiva *ex ante*. Em outras palavras, o terceiro observador, ao examinar a conduta do autor do fato enquanto esta é realizada, verifica que, embora ele tenha pescado o peixe em local proibido, o fato de o animal ter sido restituído ao seu habitat ainda vivo gerou um perigo insignificante ao meio ambiente como bem jurídico penalmente tutelado, uma vez que a fauna aquática restou, ao fim da conduta, preservada.

Ademais, o terceiro hipotético, ao acompanhar o fato durante seu acontecimento, pôde perceber que os instrumentos utilizados pelo autor do fato eram de uso permitido para amadores. Tal circunstância demonstra, então, que o sujeito ativo da conduta não era pescador profissional e não exercia aquela conduta com regularidade, o que evidencia ainda mais a irrelevância da periculosidade por ele gerada.

Registra-se que concluir o contrário, em aplicação da tese da presunção absoluta de risco nos crimes de perigo abstrato, geraria uma série de soluções jurídicas desproporcionais

³³ BRASIL. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

entre si. Afinal, a pessoa que apenas uma vez pesca um peixe em local proibido, mas o devolve com vida ao seu habitat seria punida da mesma maneira que o indivíduo que é pescador profissional e pratica o comportamento reiteradamente, inclusive não restituindo o animal, hipótese essa sim que demonstra ofensa ao bem jurídico do meio ambiente.

Ademais, a adoção da orientação clássica de que o crime de perigo abstrato se refere à presunção absoluta de periculosidade também demonstra dissonância com o princípio do Direito Penal mínimo e sua subsidiariedade, pois levaria a tutela penal a situações que poderiam ser plenamente sanadas ou evitadas por outros ramos jurídicos menos extremos.

O segundo acórdão a ser examinado no presente trabalho é aquele proferido pelo STF em sede do HC 133.984/MG³⁴ em maio de 2016. Na decisão, o STF afastou a tipicidade material da conduta de portar munição de uso restrito como pingente, desacompanhada de arma de fogo. Formalmente, a conduta de portar munição, por si só, se coaduna com o tipo penal de perigo abstrato previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento)³⁵, contudo, o Tribunal Superior aplicou à hipótese o princípio da insignificância.

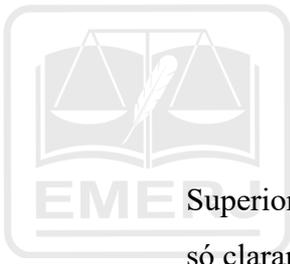
A mesma lógica aplicada ao acórdão anterior pode ser estendida a esse caso. A razão pela qual o STF aplicou o princípio da insignificância à hipótese enunciada foi porque não verificou perigo significativo ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, a segurança pública. Tal conclusão, por si só, já é capaz de evidenciar que não há qualquer presunção absoluta de perigo produzida pelos crimes de perigo abstrato, caso contrário, não poderia incidir a insignificância no ocorrido.

Diante disso, propõe-se que, para avaliar a periculosidade da conduta de forma juridicamente plausível, deve-se justamente adotar a perspectiva *ex ante* do terceiro observador. Ao constatar que a pessoa apenas portava a munição para fins estéticos, como pingente de um colar, sem arma de fogo na qual o apetrecho pudesse ser utilizado, não se vislumbra perigo significativo à segurança pública, razão pela qual o fato, naturalmente, carece de tipicidade material.

Desse modo, mediante o exame desses dois julgados, é possível inferir que a lógica por trás da concepção tradicional de que os crimes de perigo abstrato configuram presunção absoluta de periculosidade da conduta é defeituosa. Tanto é assim que os próprios Tribunais

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 133984. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=11076549>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

³⁵ BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 15 mar. 2022.



Superiores acabam por corrigir essa dialética quando encaram casos cujas peculiaridades por si só claramente demonstram essa fragilidade argumentativa.

Nesse sentido, foi possível delinear como a metodologia do terceiro observador sob uma perspectiva *ex ante*, durante a realização do comportamento tido como criminoso, se encaixa adequadamente aos crimes de perigo abstrato, possibilitando sua coadunação com o princípio da insignificância.

CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo deste trabalho, objetivou-se, de modo geral, demonstrar como condutas enquadradas formalmente como crimes de perigo abstrato podem ser afastadas da incidência penal quando não se revelam materialmente relevantes no que diz respeito à sua potencialidade ofensiva a bens jurídicos. Visou-se, portanto, enfrentar controvérsias jurídicas que giram em torno dos crimes de perigo abstrato, de modo a, em última análise, compatibilizá-los com o princípio da insignificância.

Inicialmente, verificou-se que os crimes de perigo abstrato, adotada a concepção tradicional de presunção absoluta de perigo, revelam-se inconstitucionais quando considerado o princípio da lesividade como desdobramento da dignidade da pessoa humana. Isso porque encarar a conduta típica como automaticamente criadora de perigo, sem considerar as peculiaridades concretas da hipótese, resulta na criminalização de comportamentos que sequer oferecem perigo a bens jurídicos penalmente tutelados, em patente contradição ao princípio da lesividade.

Por outro lado, constatou-se que os crimes de perigo abstrato dispõem de notável relevância no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo mecanismo de proteção de bens jurídicos coletivos, bem como ferramenta de expansão do Direito Penal frente ao advento de novos riscos antes não previstos, na chamada “sociedade de riscos”. Nesse sentido, concluiu-se pela necessidade de harmonização dos crimes de perigo abstrato com o princípio da lesividade, de modo que tal espécie delitativa seja mantida no ordenamento jurídico.

Para tanto, defendeu-se a adoção de diferente perspectiva teórica sobre os crimes de perigo abstrato, consistente em uma nova forma de constatação da criação de perigo pelas condutas enquadradas nesses tipos delitivos: o juízo *ex ante* do terceiro observador.

Assim, albergada essa tese, tornou-se possível adequar os crimes de perigo abstrato à premissa inexorável de formação de um perigo como desdobramento do princípio da lesividade, já que o terceiro hipotético, ao observar a prática do comportamento, afere a potencialidade

lesiva que este pode gerar ao bem jurídico. Em outras palavras, o perigo não é mais presumido, mas sim aferido concretamente, de modo que condutas materialmente inócuas não configuram tipos penais de perigo abstrato.

Como consequência da perspectiva *ex ante* da criação do perigo abstrato, argumentou-se a compatibilização dessa espécie delitiva com o princípio da insignificância enquanto vetor de atipicidade material de condutas penalmente irrelevantes.

Encarados os crimes de perigo abstrato como técnica investigativa de circunstâncias fáticas de modo *ex ante*, sustentou-se que o terceiro hipotético, ao considerar o contexto em que a conduta é praticada, pode concluir pela ínfima periculosidade desta, de maneira a ser praticamente impossível eventual concretização lesiva. Da mesma forma, o terceiro observador pode entender que, embora criado risco efetivo, este resultaria em uma ofensa insignificante ao bem jurídico.

Em ambas as hipóteses elucidadas, demonstrou-se que o princípio da insignificância teria aplicação, sendo conseqüentemente afastada a tipicidade material do fato por ausência de lesividade social relevante, atendida, ainda, a subsidiariedade do Direito Penal.

Finalmente, no último capítulo deste trabalho, buscou-se demonstrar como a nova perspectiva teórica sobre os crimes de perigo abstrato poderia ser aplicada aos casos concretos julgados pelo STF e pelo STJ. Desse modo, pretendeu-se alavancar tese que torne a jurisprudências destes Tribunais Superiores mais harmoniosa, uma vez que essas Cortes, apesar de exarar o entendimento de que os crimes de perigo abstrato seriam incompatíveis com o princípio da insignificância, reiteradamente aplicam este preceito a tal espécie delitiva.

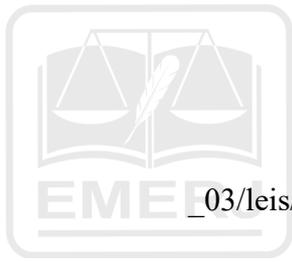
Assim, em suma, o objetivo do presente trabalho foi enfrentar a controvérsia acerca da incidência do princípio da insignificância sobre os crimes de perigo abstrato a partir da adoção de uma nova perspectiva conceitual dessa espécie delitiva, de modo a compatibilizar os dois institutos jurídicos. Ademais, buscou-se demonstrar como o entendimento pode ser empregado na jurisprudência pátria, tornando-a mais harmoniosa com a estrutura penal brasileira.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, [e-book].

BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>



[_03/leis/19503compilado.htm](#)>. Acesso em: 15 fev. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2022.

_____. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 15 mar. 2022.

_____. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 693572*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PERIGO+ABSTRATO+INSIGNIFICANCIA&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 21 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 338153*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502533014&dt_publicacao=10/05/2016>. Acesso em: 12 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 602*, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=%270602%27.cod.>>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1409051*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303383938&dt_publicacao=28/04/2017>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 109269*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199813/false>>. Acesso em: 11 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 133984*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=11076549>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 148801 AgR*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748138673>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 202883 AgR*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur452932/false>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC 158087 AgR*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392478/false>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos Crimes que Tutelam Bens Jurídicos Difusos*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 75, p. 11-33, 2014.

FELDENS, Luciano. Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkener (Org.). *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, v. 1, p. 375-400.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, [e-book].

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 49, 2004, p. 89-147.

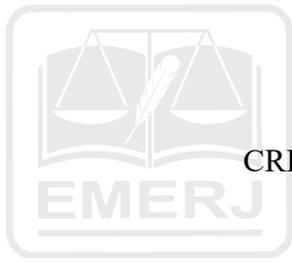
MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NEVES, Guilherme Valli de Moraes; GUSELLA, Gabriela Azeredo. A (in)aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de perigo abstrato. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, 27, 2016, Salvador. *Direito Penal, Processo Penal e Constituição I*. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 24-44. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/o4376433/8SKfgHX6sv4683Yp.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443-458.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.



CRIMES DE ESTUPRO: OS RISCOS DE UMA CONDENAÇÃO BASEADA APENAS NA PALAVRA DA VÍTIMA

Natasha Gabrielle Andrade Santos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada.

Resumo – O estupro é um crime contra a dignidade sexual, o qual normalmente é cometido às escuras, ou seja, sem a presença de outras pessoas e na maioria das vezes não deixa vestígios, dificultando assim a obtenção de provas, que comprovem a autoria e materialidade do delito. Nesse sentido surgem importantes questões relacionadas ao depoimento da vítima, que serão discutidas no decorrer dos capítulos. No presente trabalho, busca-se demonstrar a maneira correta de valorar as palavras do ofendido, o dever de respeitar os direitos constitucionais do réu, assim como a necessidade de buscar outras provas e por fim evidenciar a dificuldade de valorar o depoimento do ofendido, vez que uma supervalorização poderá gerar uma condenação injusta.

Palavras-chave – Direito processual penal. Estupro. Dignidade sexual. Depoimento da vítima. Correta valoração. Condenação injusta.

Sumário – Introdução. 1. A forma correta de valorar a palavra da vítima, sem que isso viole o princípio da presunção de inocência ou do *in dubio pro reo*. 2. Possíveis meios de prova que podem ser utilizados para identificar o autor do delito. 3. Necessidade de valorar a palavra da vítima na sentença x a impossibilidade de uma condenação baseada apenas nessa prova. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como enfoque a valoração da palavra da vítima nos crimes de estupro, e os riscos de isso gerar uma condenação injusta. Procura-se demonstrar que é necessário valorar o depoimento pessoal da vítima, mas de maneira dosada para não haver violação dos direitos e garantias constitucionais do réu, e nem uma consequente condenação injusta.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a palavra da vítima deveria ser valorada a ponto de ter força probatória, para sozinha, gerar uma condenação, não necessitado portanto de outras provas.

A Constituição Federal estabelece inúmeros princípios que trazem consigo direitos e garantias aos réus, como é o caso do princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência. O primeiro prevê que o benefício da dúvida deve ser em favor do réu, isto é, em caso de dúvida razoável quanto à culpabilidade do acusado, este deve ser absolvido. Já o segundo dispõe que o juiz deverá absolver o réu quando não houver provas suficientes para a sua condenação.

Contudo ao relacionar os mencionados princípios com a necessidade de valorar a palavra da vítima, surgem algumas questões que não são reguladas pelo nosso ordenamento pátrio como por exemplo: Como deve ser feita a valoração da palavra da vítima, no crime de estupro, sem que isto viole o princípio da presunção de inocência e o do *in dubio pro reo*? Qual a necessidade de buscar outras provas que identifiquem o autor do ilícito, se já temos o depoimento da vítima e este deve ser valorado? Qual a influência da palavra da vítima na prolação de uma sentença, quando essa é a única prova da acusação?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que está em jogo a dignidade sexual da vítima e a liberdade do acusado, sendo estes bens jurídicos muito importantes.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar rapidamente o conceito de estupro, partindo-se em seguida para os apontamentos acerca de como valorar a palavra da vítima, no crime de estupro, sem que isto viole os direitos e garantias do réu, estabelecidos na Constituição de 1988. Pretende-se, ainda, descrever quais os meios de provas que podem ser utilizados para a identificação do autor do delito, além de demonstrar que é necessário valorar a palavra da vítima no momento da prolação da sentença, mas comprovar que apenas essa prova não terá força suficiente para gerar uma condenação, já que ao fazer isso correremos o risco de condenar um inocente.

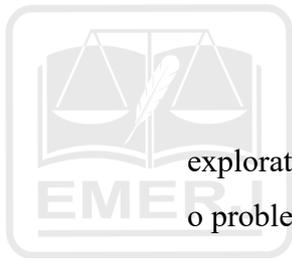
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com os apontamentos que direcionam a maneira correta de valorar o depoimento pessoal da vítima do crime de estupro, de modo que essa valoração não viole o princípio da presunção de inocência e o *do in dubio pro reo*.

Segue-se descrevendo quais os meios de prova que podem ser utilizados para identificar o autor do delito e confirmar a palavra da vítima, ponderando a dificuldade de obtenção e enfatizando a necessidade de uma forte busca por provas.

O terceiro capítulo expõe a necessidade de o magistrado valorar o depoimento da vítima no momento da prolação da sentença, mas também ressalta que ele só poderá condenar o réu, se houverem outras provas, ou seja, não será possível uma condenação baseada exclusivamente na palavra da vítima.

Quanto aos procedimentos metodológicos, esta pesquisa classifica-se como pesquisa aplicada, já que visa a solução do problema encontrado na realidade.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, já que é usada a bibliografia pertinente à temática em foco, sendo esta analisada e fichada na fase



exploratória da pesquisa (legislação e doutrina), proporcionando maior familiaridade com o problema, objetivando torná-lo mais explícito.

1. A FORMA CORRETA DE VALORAR A PALAVRA DA VÍTIMA, SEM QUE ISSO VIOLE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU *DO IN DUBIO PRO REO*

O estupro é classificado como um crime contra a dignidade sexual e está tipificado no artigo 213 do Código Penal¹, o qual está inserido no Título VI da parte especial, e dispõe que “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

É possível que o sujeito passivo no crime de estupro, seja tanto o homem quanto a mulher, quando a finalidade for conjunção carnal ou ato libidinoso. Porém, será abordado neste estudo, apenas a vítima mulher, já que esta é em grande maioria o sujeito passivo do delito.

Em regra, para demonstrar ter havido uma infração, exige-se a realização do exame pericial, quando esta deixa vestígios, ou seja, a mulher quando vítima de violência sexual deve se submeter ao exame de corpo delito para comprovar a prática do ato sexual e as lesões físicas provocadas pelo agressor.

Contudo, geralmente essa comprovação não ocorre, já que a maioria das vítimas só registra a violência após quarenta e oito horas, o que dificulta a análise, principalmente quando a vítima é adulta e não é mais virgem. Portanto, é comum que não haja testemunhas e nem provas materiais em um processo de estupro, o que faz com ele se desenvolva em torno do confronto entre a palavra da mulher contra do acusado². Por estas razões, de acordo com entendimentos jurisprudenciais, o depoimento do ofendido tem forte valoração na investigação do delito de estupro.

¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 19 out. 2021.

² COULOURIS, Daniela Georges. *A Desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro*. 2010. 242 f. Tese de doutorado- Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Aconselha Nestor Távora³, entretanto, que é necessário ter cautela com o conteúdo das declarações do ofendido, pois esse é o depoimento de uma pessoa diretamente interessada.

Segundo Guilherme Nucci⁴, o magistrado deve exercitar ao máximo a sua capacidade de observação, a sua sensibilidade para captar verdades e inverdades, ler nas entrelinhas e perceber a realidade na linguagem figurada ou propositadamente distorcida.

Ainda de acordo com o autor, deve-se levar em consideração que a vítima, a qual está diretamente envolvida pela prática do crime, pode estar sob influência de emoções perturbadoras por conta do sofrimento pelo qual passou, podendo, então, haver distorções naturais em suas declarações.

A jurisprudência pátria não proíbe a condenação fundamentada na palavra da vítima como prova, porém os próprios tribunais superiores já têm afirmado que a alegação do ofendido deve estar associada e possuir concordância com os outros elementos de provas e indícios reunidos no processo.

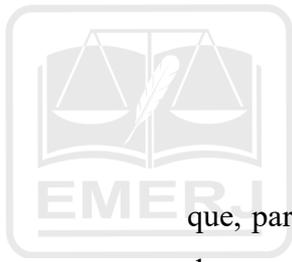
Consoante o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt⁵, é inaceitável que o magistrado use apenas a palavra da vítima como fundamento de uma decisão condenatória, que não venha corroborada por outros elementos probatórios, pois o Direito Penal e o Processo Penal devem ser norteados pelas garantias constitucionais, como do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência.

Assim, fica clara a necessidade de valorar o depoimento do ofendido, mas também de respeitar as garantias constitucionais do réu. De acordo com o primeiro princípio mencionado, havendo dúvida, esta deve se dar em benefício do réu, ou seja, em caso de dúvida razoável quanto à culpabilidade do acusado, este não poderá ser condenado. E conforme o segundo princípio, se não houverem outras provas que corroborem a palavra da vítima, o juiz deverá absolver o réu.

³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.32.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.583

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.112.



Nesse mesmo sentido, são os dizeres de Victoria Sperandio⁶: “Incontestável que, para que a palavra da vítima possa assumir especial relevo no cenário processual, deve estar coesa com os demais elementos de prova carreados aos autos [...]”

Portanto, é notório que para haver uma valorização da palavra da vítima no âmbito do processo penal, é imprescindível que a declaração desta esteja corroborada com os demais dados de prova presentes no processo para que haja uma correta e devida valoração, o que é viável e necessário, pois assim, evita-se que as garantias constitucionais do acusado sejam violadas, e ele conseqüentemente seja condenado de maneira injusta.

Ademais, é importante enaltecer que a palavra da vítima isolada de todos os elementos de prova, não pode por si só ser mais valorada do que o contraditório do réu, como afirma Antonio Fernandes⁷: “De regra, a palavra isolada da vítima não pode sustentar a condenação quando está em conflito com a versão do acusado, devendo ser corroborada por outros elementos de prova.”

Desta forma, resta claro, que não se pode dar mais valor à palavra de uma pessoa do que de outra sem que outros elementos de prova deem sustentação à sua versão. E confirmando esse entendimento, tem-se a própria Constituição Federal que traz garantias importantíssimas ao réu e garante a igualdade de todos perante a lei. Isso quer dizer que de acordo com a Carta Magna, não se pode dar mais credibilidade a fala de uma pessoa em detrimento da outra simplesmente por estar se intitulando como vítima e sem que nada embase sua alegação, constituindo uma forma de discriminação o ato de dar mais confiança à palavra da vítima, contra aquele que é imputado de um crime que talvez nem tenha cometido.

Atualmente, então, tem-se um cenário em que é necessário valorar a palavra da vítima, mas também é importante agir com cautela, pois pode haver erros nas declarações da vítima, vez que esta pode, por exemplo, apontar pessoa diversa daquela que lhe estuprou, o que acontece com uma certa frequência nos casos em que o delito ocorra com a vítima embriagada ou até mesmo em um local ermo e escuro, onde a ofendida não consiga vislumbrar ou identificar com clareza o autor.

⁶ SPERANDIO, Victoria Bruschi. *O valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/o-valor-probatorio-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual/>> Acesso em: 18 out. 2021.

⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.221.

Nesta seara, tem-se ainda na sociedade uma fantasiosa presunção de que a vítima sempre falará a verdade, que somente ela detém da veracidade e credibilidade, o que é um grande equívoco, porque é deixado de lado o fato de que a Constituição Federal traz não só garantias a vítima, mas também ao réu.

Por este motivo, não se pode descartar o risco de falsidade da palavra da vítima, ou seja, há sim a probabilidade dela estar mentindo, seja por interesses pessoais em prejudicar o apontado como autor do delito, ou em razão de ter possuído conflitos com este, ou até mesmo por vingança, o que torna inadequada e indevida a extrema valoração da palavra da vítima, principalmente quando não existem outras provas que confirmem a versão desta.

2. POSSÍVEIS MEIOS DE PROVA QUE PODEM SER UTILIZADOS PARA IDENTIFICAR O AUTOR DO DELITO

Meio de prova é tudo aquilo que pode ser usado no processo com o objetivo de demonstrar a ocorrência dos fatos alegados, ou seja, são os mecanismos necessários para que se chegue o mais próximo da verdade real dos fatos, já que se entende majoritariamente que é impossível chegar à verdade absoluta dos fatos⁸.

O Código de Processo Penal traz em seu bojo vários meios de prova e suas particularidades, mas nem todas elas podem ser usadas para identificar o autor de crimes sexuais. Além disso, se faz necessário esclarecer que o processo penal brasileiro permite que sejam utilizados outros meios de prova, que não os estabelecidos em lei, desde que não haja alguma ilicitude ou restrição a sua produção.

O exame de corpo de delito está previsto no artigo 158 do Código de Processo Penal⁹, o qual determina que será indispensável a realização desse meio de prova, sempre que uma infração penal deixar vestígios da sua existência, e a sua falta não poderá ser suprida pela confissão do acusado, porém, poderá ser suprida pela prova testemunhal, conforme preceitua o art. 167 Código de Processo Penal¹⁰.

Esse meio de prova deve ser realizado por especialistas com conhecimentos técnicos, os quais devem elaborar um laudo pericial. Por tal razão entende-se que a

⁸ NASCIMENTO, Cynthia Karla Araújo Do. *A concepção da verdade probatória no direito processual penal e o princípio da verdade real*. 2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49709/a-concepcao-da-verdade-probatoria-no-direito-processual-penal-e-o-principio-da-verdade-real>> Acesso em: 20 out. 2021.

⁹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 22 out. 2021.

¹⁰ Ibid.



finalidade dessa prova é auxiliar o juiz acerca da materialidade e autoria do delito, buscando esclarecer todos os vestígios deixados pelo ato praticado, e por isso, sempre que possível, deve ser realizada.

De acordo com Rogério Lauria Tucci¹¹ o corpo de delito corresponde ao conjunto de elementos físicos, materiais, contidos, explicitamente, na definição do crime, isto é, no modelo legal.”

No entanto, como a maioria dos crimes de estupro não deixam rastros, seja pelo passar do tempo, por peculiaridades pessoais e físicas da vítima ou pela própria característica do abuso realizado, o corpo de delito não pode ser realizado, o que acaba comprometendo a comprovação da materialidade do delito.

O artigo 185 do Código de Processo Penal¹², traz o interrogatório, que é o momento em que o acusado é interrogado sobre a sua vida, sobre o fato que lhe está sendo imputado e sobre todas as questões necessárias para o deslinde dos fatos. Portanto, essa é a oportunidade que o acusado tem de se defender das acusações, confessar ou até permanecer em silêncio, já que isso não poderá ser usado em seu desfavor.

É durante esse ato processual, que o juiz tem uma maior proximidade com a parte, o que acaba permitindo que ele vá além do conteúdo escrito no processo, possibilitando ainda que dúvidas sejam dirimidas.

Já a confissão, que é o reconhecimento pelo agente, do fato imputado, é uma prova que nem sempre está presente no processo, porque obviamente, não é em todos os casos de estupro que o acusado confessa que praticou os crimes, seja porque não quer admitir que cometeu o delito, por ser inocente ou por não ter capacidade de julgar as coisas com clareza, e um indivíduo com problemas mentais não pode admitir sua culpa de maneira válida.

A confissão tem o mesmo valor probatório que os demais meios de prova, e o juiz deve compará-la com as outras provas obtidas, verificando assim, se existe concordância entre elas. Mas ela traz um benefício, que é a circunstância atenuante prevista no art. 65, III alínea “d” do Código Penal¹³, que diminui a pena do acusado quando este assume a autoria dos fatos para si.

O processo penal prevê um outro meio de prova que também, nem sempre é utilizado, qual seja, a prova testemunhal. Isso porque na maioria das vezes os crimes

¹¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p.14.

¹² BRASIL, op.cit, nota09.

¹³BRASIL, op.cit, nota01.

sexuais são praticados na clandestinidade, sendo difícil a existência de alguém que testemunhe o fato.

Tal meio de prova tem o intuito de trazer para o processo, dados do conhecimento de pessoas desinteressadas na lide, os quais podem refutar ou confirmar fatos, ajudando assim, o magistrado na busca pela verdade.

De acordo com Renato Brasileiro ¹⁴testemunha é:

[...] a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo.

Assim, conclui-se que a prova testemunhal, a qual muitas vezes substitui a ausência da prova pericial, é escassa, já que o delito normalmente ocorre de maneira reservada, não oferecendo este meio probatório. Quando isso acontece, as declarações das partes devem ser analisadas de forma individual e consideradas isoladamente das demais, o que pode acabar gerando sentenças injustas.

O reconhecimento de pessoas e coisas, é um meio de obtenção de prova, pelo qual uma pessoa é chamada para verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa. Não pode ser feito de qualquer maneira, ou seja, não pode ser feito de forma arbitrária pelo juiz ou pela autoridade policial, devendo ser respeitadas as regras do artigo 226 do Código de Processo Penal¹⁵.

Afirma Altavilla¹⁶, que “reconhecimento é o resultado de um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada. Reconhece-se uma pessoa ou uma coisa quando, vendo-a, se recorda havê-la visto anteriormente.”

Esse reconhecimento, é um meio comumente usado, mas que pode trazer sérios problemas ao processo, quando diante de crime sexuais, pois pode estar relacionado as falsas memórias, que são lembranças de determinado fato que não ocorreram, porém, o indivíduo acredita veemente na existência delas. Quando temos a presença desse tipo de memória, o processo fica comprometido e a chance de se ter decisões injustas é grande.

A acareação, já é um método que consiste em colocar frente a frente duas ou mais pessoas, que já tenham dado declarações, e que estas sejam divergentes e

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*: volume único, 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2016, p.927.

¹⁵BRASIL, op.cit, nota09.

¹⁶ ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra, Studium, 1981, p.386.



contraditórias, para assim se extrair a verdade, e por isso ela é tão importante. Porém, a jurisprudência a considera como de pouca eficácia, tendo em vista que na maioria das vezes as pessoas costumam ratificar aquilo que tinha sido dito anteriormente, e por isso não é sempre utilizada em casos de estupro.

A prova documental, está estabelecida no art. 232 do Código de Processo penal¹⁷, que traz o conceito de documento, o qual, atualmente, possui uma ampla interpretação. Esse meio de prova passou a ser muito usado, quando a jurisprudência consagrou o entendimento de que serviria como prova documental, cópias de conversas de aplicativos de mensagens, como o WhatsApp, o que ajudou a solucionar inúmeros casos, relacionados a crimes sexuais.

Já os indícios são meras circunstâncias, e precisam ser complementados por outras provas, já que isolados não possuem poder de sustentar uma condenação, principalmente em casos de estupro, sob pena de gerar sentenças injustas e incoerentes.

Em relação a busca e a apreensão, estas são medidas classificadas como de natureza mista, e não são sinônimos, vez que possuem objetivos distintos.

De acordo com Nucci:¹⁸

Busca significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas ou lugares. Apreensão é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir provas ou preservar direitos.

Tais medidas, possuem um importante papel no processo penal, vez que através delas pode-se obter diferentes espécies probatórias, e por isso são utilizadas em larga escala.

Por fim, tem-se as declarações do ofendido, ou seja, as declarações da vítima, que não pode ser confundida com uma testemunha, já que não presta o compromisso de dizer a verdade, e, portanto, não pode ser submetida ao crime de falso testemunho.

A vítima será interrogada sobre os acontecimentos, sobre as provas que pretende produzir, e a quem atribui à autoria, ou pelo menos quem são as suspeitas. Além disso, via de regra, o seu depoimento, não tem o mesmo valor que é atribuído à prova testemunhal, portanto, as declarações da vítima possuem grande importância, mas não

¹⁷BRASIL, op.cit, nota09.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.458.

possuem valor absoluto, restando ao juiz, uma análise minuciosa na busca pela verdade real.

De acordo com Renato Brasileiro¹⁹:

Em virtude do sistema da livre persuasão racional do juiz, tem-se que o valor probatório das declarações do ofendido é relativo. Logicamente, nos crimes cometidos às ocultas, a palavra da vítima ganha um pouco mais de importância, mas daí não se pode concluir que seu valor seria absoluto. É o que acontece, por exemplo, em crimes contra a dignidade sexual, geralmente cometidos em locais ermos, sem testemunhas presenciais, etc., hipótese em que as declarações da vítima se revestem de especial relevância.

Note-se então, que existem inúmeras provas que podem ajudar a identificar a autoria e confirmar a materialidade de um delito, porém quando se trata de crimes sexuais, como é o caso do estupro, a obtenção dessas provas é muito mais difícil, chegando a ser inúmeras vezes escassa, o que dificulta a solução do caso concreto, e conseqüentemente pode gerar decisões e sentenças injustas e errôneas.

3. NECESSIDADE DE VALORAR A PALAVRA DA VÍTIMA NA SENTENÇA X A IMPOSSIBILIDADE DE UMA CONDENAÇÃO BASEADA APENAS NESSA PROVA

A palavra da vítima é um meio de prova que deve ser estudado e interpretado de maneira especial, pois é dotado de sentimentos e frustrações oriundos do fato ocorrido, o que exige que precauções sejam tomadas para assim evitar condenações injustas, conforme afirma Nucci.²⁰

De acordo com a doutrina e a jurisprudência, quando diante de crimes sexuais, em que é notória a ausência de um acervo probatório robusto, já que normalmente esses delitos são cometidos de maneira clandestina, é necessário que seja concedida uma grande relevância e importância para o depoimento da vítima.

Contudo, tal meio de prova traz uma grande preocupação quanto a credibilidade dos fatos narrados, pois estes podem estar relacionados as falsas memórias, isto é, quando o agente acredita fielmente no que está alegando.

Acerca disso, Mira y Lopes²¹, afirma que:

O indivíduo, quando se dá conta da pobreza de suas lembranças, as completa automaticamente, utilizando as cadeias de associações que logicamente devem se encontrar relacionadas com eles, e isso faz com que, mesmo estando de absoluta boa-fé, o resultado da evocação se acha tão distante da realidade como

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*: volume único, 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2016, p.927/928.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.528.

²¹ MIRA Y LÓPEZ, E. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: Vida Livros, 2009, p.28.

o poderia estar o sonho.

Além disso, na busca pela obtenção de informações rápidas, muitas vítimas acabam sendo instigadas a um reconhecimento visual, o que inúmeras vezes acarreta na criação de falsas memórias sugeridas e na fragilidade dos depoimentos prestados. E principalmente por causa dessas influencias, que o depoimento da vítima pode sofrer, o magistrado deve sempre observar e analisar com muita cautela em quais condições ele foi colhido, para assim tirar conclusões.

Para Nucci,²² ao julgador “só resta exercitar ao máximo a sua capacidade de observação, a sua sensibilidade para captar verdades e inverdades, a sua particular tendência de ler nas entrelinhas e perceber a realidade na linguagem figurada ou propositadamente distorcida.”

Dessa forma, o mencionado meio de prova, deve ser feito de maneira ponderada, devendo ser levado em consideração as informações prestadas e o trauma causado a vítima, além de ser necessária a realização de um confronto entre o que foi falado pela vítima e pelo acusado.

Cabe ressaltar ainda que se mesmo após a análise minuciosa das provas, inclusive do depoimento da vítima, o juiz tiver dúvidas razoáveis acerca do delito, ele deverá ponderar pela absolvição do acusado, aplicando os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Isso porque, embora o ente público, nos crimes sexuais, busque tutelar os direitos da vítima, concedendo uma proteção a sua dignidade sexual, este não pode ignorar a aplicação dos mencionados princípios quando houver incerteza sobre a materialidade ou autoria do delito.

Nesse sentido, pondera Flor²³, sobre o que seria “dúvida razoável”:

Entende-se como dúvida razoável o fator incerto quanto a culpa do acusado. É, em apertada síntese, a falta de condições plenas de imputar ao acusado a ampla responsabilidade pelo cometimento do delito. O fator incerto, aquele que gera determinada dúvida quanto à existência do ato infracional, bate de frente com o princípio da presunção de inocência, e por este é plenamente repellido do campo da capacidade de imputação de responsabilidade penal ao acusado.

Assim, extrai-se que o juiz deverá analisar cada caso concreto de forma individual e ponderada, de forma que caso o depoimento do ofendido entre em colisão com as outras provas ou no caso dele não estar convicto acerca da autoria e materialidade do agente, deverá proferir uma sentença de absolvição. Isso quer dizer que o depoimento

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.583.

²³ FLOR, Geovano Prudêncio. *A dúvida razoável e o princípio do in dubio pro reo*. 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/53826/a-duvida-razoavel-e-o-principio-do-in-dubio-pro-reo> > Acesso em: 14 mar. 2022.

da vítima só é preponderante, quando está em conformidade e harmonia com as demais provas, sendo portanto coerente.

Desta maneira, quando o juiz profere uma sentença de absolvição, baseada em princípios constitucionais que são voltados para a proteção do acusado, pois possui dúvidas razoáveis acerca do crime de estupro, não se pode dizer que foi proferida uma decisão injusta ou que esta violou a legislação vigente,

Além disso, é necessário que o magistrado no momento de manifestar o seu convencimento, motive e justifique a sua decisão. Caso ela seja condenatória, o juiz deverá demonstrar que não possui dúvidas acerca do caso, pois se estas existirem e forem notórias, ele fatamente terá que proferir uma sentença absolutória.

Observa-se então, que esse meio de prova deve ter grande credibilidade como prova do delito, mas não pode ser considerada como absoluta, sob pena disso gerar uma condenação injusta e violar princípios constitucionais, como já relatado anteriormente.

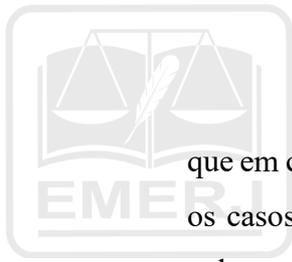
Portanto, a palavra do ofendido deve ser vista com muito cuidado, e sendo esta, a única prova contra o acusado, dificilmente, a não ser em hipóteses excepcionais, poderá advir a condenação, pois se sabe que a vítima de crimes sexuais é dominada por fortes emoções, o que faz com que o seu relato deva ser confrontado com as demais provas, e caso não existam outras provas, não poderá ser usada para basear uma sentença condenatória²⁴.

Posto isso, notória é a dificuldade do magistrado de sentenciar um crime de estupro quando normalmente os meios comprobatórios são escassos e o que se tem de mais tangível é a palavra da vítima. Sabe-se que o crime de estupro é um delito extremamente nocivo, pois pode deixar graves consequências, de curto e longo prazo, na vítima, que se estendem no campo físico, psicológico e até mesmo econômico, e por isso o juiz deve fazer de tudo para chegar o mais próximo da verdade real dos fatos.

Contudo, frisa-se que não é possível que o Estado tutele os direitos de uma pessoa, vítima de estupro, de forma que isso se sobreponha aos direitos do acusado, já que uma condenação injusta pode deixar inúmeras sequelas neste e trazer grandes consequências para a sua vida, algumas irreversíveis inclusive.

Dentre essas consequências, tem-se a destruição da reputação do condenado por estupro, visto que esse é um delito que abala rigorosamente a sociedade. Cita-se ainda,

²⁴ LEÃO, Rayssa Polianny De Souza. *Valoração da palavra da vítima*. 2017. Disponível em: < <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/17242/1/Rayssa%20Polianny%20de%20Souza%20Le%C3%A3o.pdf> > Acesso em: 17 mar. 2022.



que em casos mais graves, o condenado acaba morrendo na prisão, visto que não são raros os casos que tem repercussão na mídia envolvendo inocentes condenados e indiciados pelos referidos crimes, conforme afirma Pieri e Vasconcelos²⁵.

Portanto, o magistrado precisa estar convencido da materialidade e autoria do delito, que devem estar consubstanciadas pelas provas juntadas, para então proferir uma sentença condenatória, ou seja, caso haja alguma dúvida em relação a autoria e materialidade, o juiz deverá dar uma sentença absolutória, com base no princípio do *in dubio pro reo*. E se por ventura, a única prova dos autos for o depoimento da vítima, este não poderá ter força suficiente para gerar uma sentença condenatória, já que haveria riscos de uma condenação injusta.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar as dificuldades de julgar crimes de estupro, tendo em vista a escassez probatória, o que evidenciou os riscos de uma condenação injusta. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina, muitas vezes norteados pela legislação brasileira, demonstrar que o julgamento deve ser casuístico.

Verificou-se que esse delito normalmente é praticado pelo agente de forma clandestina, ou seja, longe da presença de testemunhas, e sem deixar vestígios, o que dificulta a comprovação da autoria e materialidade.

Assim, o depoimento da vítima acaba ganhando grande relevância, já que normalmente são poucas as provas angariadas na investigação do delito. Porém, restou demonstrado que as palavras do ofendido não podem ser consideradas como uma prova absoluta, sob pena de gerar uma condenação injusta e violar princípios constitucionais, devendo, portanto, ela deve estar associada e possuir concordância com os outros elementos de provas e indícios reunidos no processo

A relevância da pesquisa é notória quando fica claro o embate entre a necessidade de valorar o depoimento do ofendido e o dever de respeitar as garantias constitucionais do réu, que são pautadas nos princípios da presunção de inocência e no *in dubio pro réo*.

Através da conjugação das fontes apresentadas, observa-se o dever do magistrado de analisar cada caso concreto de maneira individual, confrontando as

²⁵ VASCONCELOS, Priscila Elise Alves. PIERI, Rhannele Silva de. *Estupro de vulnerável: a palavra da vítima e os riscos da condenação*. Disponível em: Acesso em 10 mar. 2022.

palavras da vítima com as demais provas, para não correr o risco de proferir uma sentença injusta.

A presente pesquisa possibilitou demonstrar a necessidade de se fazer uma boa investigação, com o intuito de se buscar o maior número de provas, ressaltando que o depoimento da vítima não tem força probatória suficiente, para sozinho, ensejar uma condenação.

Diante do dever do ente público, nos crimes sexuais, tutelar os direitos da vítima, concedendo uma proteção a sua dignidade sexual, e ao mesmo tempo de não ignorar a aplicação dos princípios constitucionais que protegem o réu quando houver incerteza sobre a materialidade ou autoria do delito, se entendeu que caso o magistrado tenha dúvidas razoáveis a cerca do delito, ele deverá ponderar pela absolvição do acusado.

Assim, conclui-se que o julgador deve atuar com cautela, se utilizando de mecanismo probatórios que permitam uma maior percepção dos fatos, buscando sempre prolatar uma decisão justa e equânime. Resta deixar claro que não se trata de uma escusa ao cumprimento da lei, e nem de um ato que vise beneficiar o réu, sendo o objetivo apenas o de analisar todos os fatos e provas juntados, de maneira cuidadosa, pois o que está em jogo é a dignidade sexual da vítima e a liberdade do acusado.

REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra, Studium, 1981.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 22 out. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 19 out. 2021.

COULOURIS, Daniela Georges. *A Desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro*. 2010. 242 f. Tese de doutorado-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DO NASCIMENTO, Cynthia Karla Araújo. *A concepção da verdade probatória no direito processual penal e o princípio da verdade real*. 2017. Disponível em:



<[https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49709/a-concepcao-da-verdade probatoria-no-direito-processual-penal-e-o-principio-da-verdade-real](https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49709/a-concepcao-da-verdade-probatoria-no-direito-processual-penal-e-o-principio-da-verdade-real) > Acesso em: 20 out. 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FLOR, Geovano Prudêncio. *A dúvida razoável e o princípio do in dubio pro reo*. 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/53826/a-duvida-razoavel-e-o-principio-do-in-dubio-pro-reo> > Acesso em: 14 mar. 2022.

LEÃO, Rayssa Polianny De Souza. Valoração da palavra da vítima. 2017. Disponível em: < <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/17242/1/Rayssa%20Polianny%20de%20Souza%20Le%C3%A3o.pdf> > Acesso em: 17 mar. 2022.

_____. *Manual de Processo Penal: volume único*, 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

_____. *Manual de Processo Penal: volume único*, 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

MIRA Y LÓPEZ, E. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: Vida Livros, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.583.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SPERANDIO, Victoria Bruschi. *O valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/o-valor-probatorio-da-palavra-davitima-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual/>> Acesso em: 18 out. 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

VASCONCELOS, Priscila Elise Alves. PIERI, Rhannele Silva de. *Estupro de vulnerável: a palavra da vítima e os riscos da condenação*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56869/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao>> Acesso em: 10 mar. 2022.

TUTELA JURISDICIONAL FRENTE ÀS ILEGALIDADES EM CONCURSOS DE CARREIRA POLICIAL EM FACE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MONOCULAR

Nathália Leal Barreto

Graduada pela Universidade Federal Fluminense
Campus de Volta Redonda/RJ(UFF-RJ). Advogada.

Resumo – nos concursos de carreira policial a eliminação ilegal do deficiente monocular gera afronta aos princípios constitucionais. Com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Pessoa com Deficiência criou-se um arcabouço jurídico protetivo para esses indivíduos. Entretanto ainda existem barreiras, sobretudo a atitudinais, que impedem o exercício pleno de seus direitos. O objeto da pesquisa é analisar como o poder judiciário analisa as questões envolvendo a eliminação de candidatos com reserva de vaga. Assim, denota-se que o Judiciário possui uma postura diligente, de modo a preservar os princípios constitucionais, ao afastar os pareceres ilegais que ensejaram a eliminação do deficiente monocular.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos Humanos. Pessoa portadora de deficiência.

Sumário – Introdução. 1. A problemática enfrentada pelos tribunais: a eliminação do deficiente monocular nos concursos públicos de carreira policial. 2. O compromisso do estatuto da pessoa com deficiência e as especificidades do deficiente monocular em juízo. 3. O papel do estado juiz nas ações envolvendo bancas de concursos públicos e candidatos com deficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a eliminação de candidatos monoculares em concursos públicos de carreira policial, com base em pareceres genéricos emitidos pelas bancas avaliadoras na etapa médica e biopsicossocial.

Discute-se o aspecto da legalidade do ato administrativo que declara a inaptidão do candidato, se é uma discriminação positiva ou um ato ilegal, eivado de abuso de poder e discriminação ante a condição de pessoa com deficiência do candidato eliminado.

O conceito de pessoa com deficiência está atrelado a barreiras que obstruem a participação plena do indivíduo. Pode-se perceber que a deficiência é sempre uma condição de longo prazo, com implicações na diminuição da capacidade física, mental, intelectual ou sensorial.

Nos últimos anos, nos concursos públicos para provimento de cargo na Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal constatou-se elevados índices de reprovações de candidatos inscritos para a cota destinada às pessoas com deficiência, em especial, o deficiente monocular.

Observa-se que, os candidatos eliminados em decorrência da deficiência, ingressam com demandas judiciais requerendo a concessão de liminar, com a finalidade de retornar ao

certame. E assim, realizam o curso de formação policial e posteriormente, com a aprovação, são nomeados com posse precária. Sendo resguardado pelo poder Judiciário o direito permanecer nas etapas do concurso público.

Nesta toada, extrai-se algumas questões norteadoras como: até que ponto a inaptidão declarada pela banca avaliadora, em face dos candidatos deficientes, é uma discriminação positiva ou caracteriza violação de direito? As normas protetivas para pessoas com deficiência são suficientes para a proteção dessas minorias? O Poder Judiciário ao garantir a continuidade do deficiente no certame faz uma prestação jurisdicional adequada?

O primeiro capítulo traz uma abordagem sobre as características do deficiente e a aplicação da lei de cotas, realizando a sistematização da problemática central da pesquisa, qual seja, os possíveis motivos que ensejam a eliminação do candidato deficiente.

Em seguida, no segundo capítulo, analisa-se o arcabouço jurídico sobre o tema, aprofundando o papel do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a proteção constitucional e as políticas públicas de inclusão desenvolvidas para esses grupos, com a análise principiológica que norteia a questão.

Por fim, no terceiro capítulo debruça-se sobre a figura do juiz diante de casos envolvendo bancas de concursos públicos, não se analisando o mérito administrativo, mas a latente afronta aos direitos constitucionais do candidato deficiente.

A pesquisa é desenvolvida partindo de uma abordagem teórica, sendo construída com a utilização da pesquisa descritiva pelo método hipotético-dedutivo, com o emprego de bibliografia pertinente ao tema, jurisprudências e princípios norteadores que visam sustentar a tese.

Dessa forma, o trabalho se justifica pela necessidade social de questionar a temática das eliminações na etapa médica e biopsicossocial, dos candidatos monoculares, em concursos públicos de carreira policial.

1. A PROBLEMÁTICA ENFRENTADA PELOS TRIBUNAIS: A ELIMINAÇÃO DO DEFICIENTE MONOCULAR NOS CONCURSOS PÚBLICOS DE CARREIRA POLICIAL

Denota-se que, a condição de deficiente ao longo do tempo foi recinto de preconceitos e estigmas. Com o desenvolvimento social, o deficiente foi passando da perspectiva de excluído do convívio social para sujeito de direito.

Nessa toada, durante o processo de transformação social pode-se observar as conquistas de direito perfazendo as seguintes fases: exclusão, segregação, integração e inclusão social.

Com escopo em Romeu Kazumi Sasaki¹, o deficiente conquistou direitos sociais, ultrapassando o estigma “da exclusão social total passando para o atendimento especializado segregado e depois para a integração social”. E, atualmente, acrescenta o supramencionado autor que está minoria “está lutando por sua inclusão social.”²

A luta pelo reconhecimento de direito é um marco na história do deficiente, que até hoje busca a efetivação para obter a igualdade de condições com as pessoas não deficientes.

A realidade brasileira indica que, com a pandemia de Covid-19 as taxas³ de desemprego atingiram 14.4 milhões de brasileiros. Na procura pelo pleno emprego, por vezes, o deficiente não encontra um processo seletivo humanizado, voltado às suas limitações, sem dispor de condições para afastar as barreiras atitudinais, inviabilizando a contratação dessas minorias.

No mesmo sentido, tomando como base os ensinamentos de Geraldo Nogueira temos: “a deficiência aumenta o custo de vida da pessoa, em média, um terço da renda, e o risco de pobreza e exclusão é maior, sobretudo para pessoas com deficiência grave, não havendo diferença expressiva entre homens e mulheres.”⁴

Outrossim, indica Sidney Madruga que a essas minorias “são reservadas as taxas de pobreza mais elevadas, piores níveis de saúde e escolaridade e menor participação econômica, em decorrência, principalmente, das barreiras de acesso aos serviços.”⁵

Diante desta problemática, nota-se que a sociedade moderna ainda coaduna com o estigma da inaptidão para realizar atividades laborais, apenas pela sua condição de deficiente, sem antes realizar o juízo de compatibilidade da deficiência com o cargo, emprego ou função.

Assim, nas palavras de Davvy Lima⁶ “o preconceito com pessoas com deficiência denomina-se capacitismo, e é característica da sociedade em que vivemos, habituada a não acolher o diferente.”

O processo de naturalização da ausência de pessoas deficientes em alguns espaços, as afastam da própria sociedade, mantendo-as num processo de permanente exclusão. Situação

¹SASSAKI, Romeu Kazumi . *Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997, p. 87.

² Ibid.

³ ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. *Desemprego recua para 14,1% no 2º trimestre, mas ainda atinge 14,4 milhões, aponta IBGE*. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/08/31/desemprego-fica-em-14percent-no-2o-trimestre-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁴ NOGUEIRA, Geraldo. *Pessoas com deficiência: opinião e crítica*. Rio de Janeiro: HP Comunicação, 2019 [e-book].

⁵ MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da Diferença e Ações Afirmativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 30.

⁶ LIMA, Davvy. *Pessoas com deficiência: palavras e pré+conceito*. Marabá: Da Autora, 2021, [e-book].

incompatível com a sociedade globalizada que possui amplo acesso à informação e fundada no Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, como forma de fortalecimento da democracia e pela proteção dessa minoria são questionadas as razões que geram a inaptidão dos candidatos deficientes para os cargos de carreira policial.

Insta destacar, que algumas deficiências não são perceptíveis de forma instantânea a exemplo do deficiente monocular. Para esses indivíduos o processo de estigmatização e preconceito ocorre de maneira silenciosa, até que se tenha ciência dos impedimentos e barreiras que acometem o indivíduo.

É cediço que, é através do trabalho que o homem garante as condições mínimas para uma vida digna, realiza diversas interações sociais e garante assim a sua cidadania. Na atualidade a vida digna é indissociável do trabalho.

Corroborando com o entendimento, Vólia Bonfim indica que o trabalho “faz parte de um conjunto de valores humanos civilizatórios, que encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana.”⁷

A relação de trabalho do deficiente mudou de forma significativa com a aprovação da Lei nº 8.213/91⁸, que imputou as empresas a obrigatoriedade de preencher seu quadro de pessoal com 2% a 5% de profissionais reabilitadas ou com algum grau de deficiência. E ainda, o Decreto Federal nº 3.298/99⁹ garante ao portador de deficiência o percentual de 5% das vagas existentes em concursos públicos.

De acordo com Enio Rosa¹⁰, as iniciativas privada e pública utilizam-se de barreiras similares para impedir o ingresso da pessoa com deficiência.

No serviço público, o ente realiza a compatibilidade entre a atribuição do cargo e a deficiência do candidato. Sendo uma medida adequada e necessária, pois, existem deficiências que são incompatíveis com alguns serviços, trazendo risco a própria integridade física servidor.

Neste ponto, o que se buscará demonstrar é que a reprovação do candidato deficiente na etapa médica e biopsicossocial, por vezes, está revestida de subjetividades, dificultando o acesso ao cargo público, o que reafirma a existência de barreiras atitudinais na sociedade.

⁷ CASSAR. Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 26.

⁸ BRASIL. *Lei n° 8213/91*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 10 nov. 2021.

⁹ BRASIL. *Decreto Lei n° 3.298/99*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm> Acesso em: 10 nov. 2021.

¹⁰ ROSA, op. cit.

Nos últimos concursos da Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal, o Judiciário recebeu inúmeras demandas questionando a legalidade do ato da banca examinadora que decidiu pela inaptidão de candidatos deficientes utilizando-se de pareceres genéricos.

Conforme julgamento da apelação cível realizada no Tribunal Regional Federal da primeira região¹¹:

A eliminação do candidato na avaliação biopsicossocial teve fundamento na mesma suposta inaptidão constatada na avaliação médica. O pedido da parte autora de não ser novamente eliminado do concurso com base em motivo idêntico, por isso, revela-se como consectário lógico e não aditamento irregular da petição inicial.

Com base na matéria veiculada pela Folha Dirigida¹², a maioria dos candidatos são eliminados na etapa médica ou biopsicossocial sob a alegação que “a deficiência não é compatível com o cargo”. Assim, diante deste problema social, o Judiciário é chamado para resolver o conflito.

Cumpram-se destacar que a visão monocular é uma deficiência sensorial, do tipo visual, na forma da Lei nº 14.126/2021¹³. Sendo assim, é considerado deficiente aquele que possuir visão igual ou inferior a 20% em um dos olhos.

Ainda, verifica-se que o art. 1º do Decreto Lei nº 9.508/2018¹⁴ assegura a igualdade de condições dentro do certame público, bem como, a inscrição nos concursos pelos candidatos deficientes.

Cabe acrescentar, que pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório a reserva de vaga destinada a pessoas com deficiência confere uma legítima expectativa de participação isonômica no certame público.

Sabe-se que número de vagas reservadas são previstas em edital, vinculando a administração pública e os administrados que desejam participar do concurso. Sendo questionável a eliminação em demasia dos candidatos deficientes, que em tese, são os destinatários das vagas disponibilizadas por esta política pública.

¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal de 1ª Região. *Apelação Cível nº 1003728-28.2019.4.01.3807*. Disponível em: <<https://pje2g.trf1.jus.br/pje/Processo/ConsultaProcesso/Detalhe/listProcessoCompletoAdvogado.seam?id=895424&ca=b9d1936c89880d53b62d27cb819d6582d5f338b98225c67667b2d504469f6178d4d7646279b3b55b73dfce84056777b>> Acesso: 28 mar. 2022.

¹² CARVALHO, Mateus. *Concursos PF e PRF: candidatos alegam que Cebraspe elimina PcDs*. 2021. Disponível em: <https://folhadirigida.com.br/concursos/noticias/policia-federal/concurso-pf-candidatos-pcd-cebraspe>. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹³ BRASIL. *Lei nº 14.126/2021*. Disponível em: <<https://in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.126-de-22-de-marco-de-2021-309942029>> Acesso em: 07 mar. 2022.

¹⁴ BRASIL. *Decreto Lei nº 9.508/2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9508.htm> Acesso em: 10 nov. 2021.

2. O COMPROMISSO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS ESPECIFICIDADES DO DEFICIENTE MONOCULAR EM JUÍZO

O Brasil passou a ser signatário da Convenção Internacional¹⁵ sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada na cidade de Nova Iorque.

Posteriormente, o Congresso Nacional ratifica o tratado com o quórum de Emenda Constitucional passando a integrar o bloco de constitucionalidade, ou seja, tais normas passam a ser de observância obrigatória para o parâmetro de controle de constitucionalidade.

Com a implementação da convenção no território nacional, foi necessária a criação de um estatuto que disciplinasse de maneira exaustiva e abrangente os direitos, as garantias e os deveres dos deficientes. Isto posto, foi sancionada a Lei ordinária de nº 13.146/15¹⁶, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, buscando promover a igualdade em sentido material e conferiu capacidade plena a todos deficientes.

O Estatuto conceitua a deficiência como o impedimento de longo prazo, com interação com uma ou mais barreiras. Sendo necessário compreender que os impedimentos elencados no art. 2º, § 1º, I da Lei nº 13.146/15¹⁷ são exemplificativos, dependendo de decretos normativos para fixar a extensão, limitação e espécies de deficiência.

Com efeito, a barreira deve ser vista como um obstáculo ou questão que impeça o pleno gozo do exercício da vida em sociedade, causando diminuição de direitos. A lei indica a classificação das barreiras como: urbanísticas, arquitetônicas, atitudinais, tecnológicas, transportes, comunicações, informações, e comunicações.

Nessa toada, a interação realizada pelo indivíduo que lhe cause dificuldade de acesso, fruição ou participação deve ser vista sob o aspecto de barreira. Assim, cumpre salientar que, no Estado Democrático de Direito não é tolerado discriminações, em razão do princípio constitucional do tratamento igualitário e da não discriminação.

O art. 6º da Lei nº 13.146/15¹⁸ dispõe que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa.” Dessa maneira, as conquistas históricas são fundamentais para retirar do deficiente a marca de um excluído social compulsório que deteve ao longo de sua construção como indivíduo.

¹⁵ BRASIL. *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em: 16 fev. 2022.

¹⁶BRASIL. *Estatuto da pessoa com deficiência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: 16 fev. 2022.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

O princípio da não discriminação possui um conteúdo negativo, um não fazer. Posto que, “a isonomia não se coaduna com atos discriminatórios, eivados de preconceito, racismo, maledicências diversas, propiciando a responsabilidade civil e penal dos infratores.”¹⁹

A doutrina entende que, as questões relacionadas diretamente ao deficiente são verdadeiras questões de Direitos Humanos refletindo na igualdade, na cidadania e na dignidade da pessoa humana. Assim, na visão de Uadi Lammêgo Bulos “a igualdade constitucional mais do que um direito é um princípio, uma regra de ouro, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais.”²⁰

Elencar o deficiente como plenamente capaz é um valor normativo de considerável relevância histórico-social. Porquanto, recusa a perspectiva marginalizada que ao longo da história o cercou, emancipando essa minoria da exclusão social.

O Direito moderno se preocupa em conceber um Estado que acolhe e afasta as situações estigmatizantes e preconceituosas. Pois a mitigação de direitos constitui uma perda social e democrática. Assim, busca-se através do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da norma constitucional a força coercitiva para frear ações ilegítimas realizadas contra essas minorias. E, por vez, o Poder Judiciário é chamado para realizar a exata tutela jurisdicional, buscando a efetivação de direito que são mitigados.

O deficiente monocular em juízo goza da tramitação prioritária na forma do art. 9º, VII do Estatuto da Pessoa com Deficiência²¹. E, assim, ao longo do processo judicial, busca demonstrar que não há impedimentos para assumir o cargo, não obstante, a condição de pessoa com deficiência.

De maneira informativa, conforme pesquisa interna²² realizada no ano de 2021 pela Polícia Federal, foram empossados os seguintes candidatos monoculares do concurso de 2012: dois escrivães de polícia federal e um delegado de polícia.

Ainda nesta linha de raciocínio, no concurso de 2014 foram empossados seis agentes de Polícia Federal com visão monocular, e no concurso de 2018 foram empossados três delegados de Polícia Federal, um perito criminal área 03, dois agentes e um escrivão de Polícia Federal, todos deficientes monoculares.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.561.

²⁰ *Ibid.*, p. 560.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 16.

²²BRASIL. *Diretoria da Gestão de Pessoa da Polícia Federal*. Disponível em: <http://sei.dpf.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0> Acesso em: 07 mar. 2022.

Em relação ao último concurso, realizado no ano de 2021, ainda não foram divulgados sobre o quantitativo de deficientes monoculares eliminados e que conseguiram retornar ao certame público através de decisão judicial.

De acordo com o Ofício nº 284/2019²³ feito pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública da Polícia Rodoviária Federal Diretoria de Administração e Logística, que possui como assunto “a inclusão de pessoas com deficiência na Polícia Rodoviária Federal”, extrai-se a seguinte análise:

[...] todos e todas policias com deficiência (Pós CFP 2014), durante o estágio probatório, não tiveram sequer uma avaliação negativa que se tenha ouvido falar relativa a sua capacidade e competência no desempenho de suas funções que se relacione com a deficiência ou qualquer outro motivo, vide exemplo do Relatório de produtividade do processo SEI nº08650.025073/2016-37, ambos em anexo ao processo nº 08652.007542/2017-25 (SEI nº 6751087) [...].²⁴

É inegável que a atuação do Judiciário na proteção desses direitos constitucionais cumpre um importante papel social e jurídico, na defesa dos interesses dessas minorias. Porque, a visão monocular não é fator limitante para o exercício da atividade policial, podendo o deficiente assumir o cargo de forma plena. Portanto, pensar de forma diversa constitui uma forma de diminuí-los a uma condição incapacitante.

3. O PAPEL DO ESTADO JUIZ NAS AÇÕES ENVOLVENDO BANCAS DE CONCURSOS PÚBLICOS E CANDIDATOS COM DEFICIÊNCIA

O juiz é aquele encarregado de dizer o direito para as partes, “desde logo, parece não haver dúvida de que a locução tutela jurisdicional se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos).”²⁵

O Código de Processo Civil de 2015, influenciado pelo constitucionalismo, denota a instituição do modelo de processo cooperativo a ser disseminado na instrução do procedimento, de forma a ser um instrumento norteado pelos direitos e garantias constitucionais. Por conseguinte, o juiz passa de equidistante das partes, ocorrendo um redirecionamento,

²³ BRASIL. Ofício nº 284/2019. *Inclusão de Pessoas com Deficiência na Polícia Rodoviária Federal*. Disponível em:

https://sei.prf.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=23351149&codigo_crc=174D566B&hash_download=07938259c6c6f887d6848ec1f56dd9a8f6deb727dd6d3e062994ce20e0a30daec16f64c7f350ddcddad56ee40e1ab555bfd2df2a654580dbc4405db2e41bff74&visualizacao=1&id_orgao_ace_sso_externo=0. Acesso em: 10 nov. 2021.

²⁴Ibid.

²⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Dpj, 2006, p. 02.

“tornando-se, assim, coparticipante do papel de produção do direito, mediante integração, com suas próprias valorações e escolhas, das cláusulas abertas constantes do sistema jurídico”²⁶. Assim, passa a dialogar com as partes preservando a imparcialidade essencial ao julgador, o contraditório e a ampla defesa.

Observa-se que o candidato eliminado do certame ingressa no judiciário solicitando tutela provisória para reingressar ao concurso. “As tutelas provisórias são aquelas que podem ser concedidas com base em juízo de cognição sumária (sem cognição exauriente) e possuem o objetivo de minimizar as consequências nefastas que o tempo do processo pode causar.”²⁷

Dessarte, tendo como premissa as inúmeras demandas em face das bancas examinadoras e do Ente Estatal contratante, que através de pareceres genéricos eliminam candidatos deficientes, a jurisprudência do TRF¹²⁸ o debruça-se no seguinte sentido:

Afigura-se ilegal a exclusão de candidato portador de visão monocular, da relação dos aprovados no concurso público para o cargo de Agente de Polícia Federal, nas vagas destinadas aos portadores de deficiência física, em razão de supostas limitações físicas, detectadas por ocasião da avaliação médica, tendo em vista que, em casos que tais, o exame de compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo e a deficiência apresentada deverá ser realizado por equipe multiprofissional, durante o estágio probatório. (AC 0040265-39.2015.4.01.3400, Desembargador Federal Souza Prudente, 5T, e-DJF1 08/08/2018)

De igual forma, a jurisprudência do TRF⁵²⁹ adentra a questão sobre a legalidade da decisão administrativa, entendimento:

Ementa Administrativo e Processual Civil. Agravo de instrumento movimentado ante decisão proferida em ação de procedimento comum. Concurso. Polícia Rodoviária Federal. Visão monocular. Precedentes. Agravo de instrumento improvido. 1. Pretende a agravante a reforma da decisão singular que declarou a nulidade do ato que considerou o autor inapto na avaliação de saúde e biopsicossocial, em decorrência de sua deficiência (visão monocular), assegurando sua continuação nas demais etapas do certame, devendo o impetrado se abster de impedir a participação do impetrante nas referidas etapas por tal motivo. 2. O cerne da questão consiste em saber se é legítima a decisão administrativa que eliminou o candidato do certame, por considerar incompatível a sua deficiência (visão monocular) com a carreira de policial rodoviário federal, com base no edital do concurso. 3. A eliminação do candidato se deu justamente por ser portador de deficiência (visão monocular), quando o próprio edital admite a participação de candidatos na condição de deficiente. Dessa forma, a redação do Edital restou ambígua. 4. Diante da ambiguidade observada, permitir ao candidato

²⁶ LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil esquematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, [Ebook]

²⁷ LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. *Curso de Sentença Cível*. 3. ed. Salvador- Juspodivm, 2021, p. 199.

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação nº 402653920154013400*. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890637321/apelacao-civel-ap-ac-402653920154013400/decisao-monocratica-890637535>> Acesso em: 09 mar. 2022.

²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento nº0811536-61.2021.4.05.0000*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-5/1525456257>> Acesso em: 05 set. 2022.

participar do certame como portador de deficiência, para depois, pelo mesmo motivo de sua deficiência desclassificá-lo, contrária o próprio espírito de inclusão pretendido no Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, bem como apresenta ambiguidade na redação do Edital, devendo no caso, se aplicar a interpretação mais favorável ao candidato. 5. Precedentes: processo 0804509-54.2019.4.05.8000, APELREEX, des. Manoel de Oliveira Erhardt, Julgamento: 19 de novembro de 2019; processo 0802479-87.2019.4.05.0000, AGTR, des. Élio Siqueira Filho, Primeira Turma, Julgamento: 25 de julho de 2019; processo 08037653320134058400, EDAC, des. Cid Marconi, Terceira Turma, Julgamento: 30 de abril de 2015. 6. Agravo de instrumento improvido. (TRF-5 - AI: 08115366120214050000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO, Data de Julgamento: 26/04/2022, 4ª TURMA)

Nas decisões judiciais supramencionadas, ocorre uma discriminação positiva, em razão das políticas públicas adotada para materializar a igualdade material, afastando a estática igualdade formal, concretizando-se em uma forma de justiça social.

Insta destacar, que nos certames públicos o deficiente possui direito de escolher se pretende optar pela ampla concorrência ou pelas vagas reservadas.

Outrossim, ainda que não opte pela reserva de vaga, e assim, não se imponha a obrigatoriedade do exame biopsicossocial. Existirá a necessidade de se submeter, como todos os candidatos a etapa de avaliação médica, sendo os pareceres de inaptidão emitidos também nessas etapas aos deficientes monoculares.

O curso de formação policial é etapa obrigatória no concurso e possui um nível elevado de exigência física e psicológica. Com o deferimento da tutela provisória que garante a continuidade do candidato é uma medida adequada, alicerçada na jurisprudência.

Salienta-se que, a exclusão do deficiente é uma espécie de barreira imposta pela própria banca avaliadora. Pois, na prática os policiais deficientes, em especial ao monocular, conseguem desempenhar a função policial em igualdade de condições.

Assim, o magistrado diante da probabilidade do direito e do perigo ao resultado útil do processo garante através da tutela jurisdicional o retorno do candidato ao concurso. E assim, sendo aprovado nesta etapa e requerendo nomeação e posse, o magistrado permiti que o juízo de compatibilidade seja realizado ao longo do exercício da atividade policial, ainda que, em sede de posse precária.

Evidencia-se que, a concessão da tutela de urgência não encerra o processo. Pois, apenas a sentença possui o condão de finalizá-lo com fundamento nos art. 485 e art. 487 do CPC/15³⁰. Assim, ressalta-se que “a fundamentação das sentenças é certamente uma grande garantia de

³⁰ BRASIL. *Código de Processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 10 mar. 2022.

justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão.”³¹

O provimento judicial que permite o candidato deficiente eliminado reingressar ao certame, até tomar posse definitiva “é uma peça essencialmente técnica.”³². Assim, não se analisa o mérito administrativo, mas a legalidade do ato realizado.

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região compreende que:

3. É ilegal a exclusão do candidato na fase do exame médico, justamente em razão de deficiência que o habilitou a concorrer às vagas destinadas a portadores de necessidades especiais. Com efeito, não é razoável permitir que o edital tenha admitido a participação do autor no certame, mas cause óbice intransponível, posteriormente, à sua nomeação e posse no cargo almejado. (TRF4, AC 5027416-88.2019.4.04.7000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 15/03/2022).³³

Cumprido mencionar que, nem todas as varas e tribunais julgam de maneira similar, havendo divergência³⁴, a exemplo, da concessão de Tutela de Urgência inaudita “*altera pars*”, que objetiva por meio de um juízo de cognição sumária o deferimento do pedido sem intimar a parte contrária,

Vale apontar que, não são todos os candidatos deficientes que foram reprovados nos últimos concursos³⁵. Entretanto, os índices informados não encontram congruência com os alicerces do Estado Democrático de Direito.

Observa-se que no concurso de 2018 da Polícia Federal, ocorreram inúmeras inscrições³⁶ destinadas às vagas reservadas, e com fundamento no edital nº 24³⁷ os candidatos foram convocados para realizar a etapa de avaliação médica.

³¹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. 2 ed. São Paulo. WMF, 2015, p. 115.

³² JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Sentença cível: teoria e prática*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 26.

³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região, *Apelação cível nº 5027416-88.2019.4.04.7000*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF427615136>> Acesso em: 28 mar. 2022.

³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. *Agravo de Instrumento nº 5001668-59.2019.4.02.0000*. Disponível em: <<https://extcdn.trf2.jus.br/integracao/prod/internet/juris-eproc/50016685920194020000.html>> Acesso em: 28 mar. 2022.

³⁵ CEBRASPE. *Edital concurso PRF nº 30*, de 2 de setembro de 2021. Disponível em: <https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/prf_21/arquivos/ED_30_PRF_2021_RES_FINAL_S/ADE_BIOPSIKO_T_TULOS_PROV_HETERO.PDF> Acesso em: 10 mar. 2022.

³⁶ CEBRASPE. *Relação final dos candidatos com a inscrição deferida para concorrerem na condição de pessoa com deficiência*. Disponível em: <https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/pf_18/arquivos/PF_2018_REL_FINAL_PCD.PDF> Acesso em: 10 mar. 2022.

³⁷ CEBRASPE. *Edital nº 24 – DGP/PF*, de 8 de março de 2019. Disponível em: <https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/pf_18/arquivos/ED_24_PF_18_RES_FINAL_AV_MED_E_CONV_AV_PSI_PER_MED.PDF> Acesso em: 10 mar. 2022.



De modo contínuo, com base no edital nº 30³⁸, que trata do resultado final na perícia médica dos candidatos que se declararam pessoas com deficiência, foi especificado apenas o “Cargo – 01: Delegado de Polícia Federal”, assim não houve candidato qualificado na perícia médica como pessoa com deficiência apta a assumir o cargo para o qual se inscreveu.

É cediço que, a participação na etapa de exame médico pressupõe obrigatoriamente o êxito na etapa objetiva e no teste de aptidão física. Cabendo ressaltar que, no edital nº 30 é referente ao resultado de todos os cargos do concurso de 2018.

Da mesma forma, no concurso para provimentos de vagas para Agente da Polícia Rodoviária Federal do ano de 2018, existe a relação³⁹ das pessoas que concorreram às vagas reservadas e através do edital nº 32 da PRF⁴⁰, extrai-se que em diversos estados do Brasil a banca aduz que “não houve candidato considerado pessoa com deficiência”⁴¹.

Buscou-se analisar os fatos ocorridos no concurso de 2018, em detrimento do concurso ocorrido de 2021, em razão da acentuada discriminação com os deficientes excluídos massivamente do concurso. Cabendo-lhes apenas a alternativa de discutir a questão perante o poder judiciário e retornando como candidato “*sub judice*”.

Nas palavras de Rudolph Von Ihering⁴² “a batalha pelo seu direito é um dever da pessoa cujos direitos foram violados para com ela mesma”. Dessa forma, o questionamento sobre as eliminações ilegais levou ao judiciário a discussão sobre fatos jurídicos e sociais ocorridos nos certames públicos mencionados. Assim, foi oportunizado ao deficiente monocular, em diversos casos, a posse precária e o juízo de compatibilidade da deficiência no exercício do cargo público almejado.

³⁸ CEBRASPE. *Edital nº 30 – dgppf, de 25 de abril de 2019*. Disponível em: <https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/pf_18/arquivos/ED_30_PF_RES_FINAL_PER_MED_REABERTURA.DF> Acesso em: 10 mar. 2022.

³⁹ CEBRASPE. *Relação final dos candidatos com a inscrição deferida para concorrerem na condição de pessoa com deficiência*. Disponível em: https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/prf_18/arquivos/PRF_2018_RELACAO_FINAL_PCD.PDF> Acesso em: 10 mar. 2022.

⁴⁰ CEBRASPE. *Edital nº 32 – prf – policial rodoviário federal, de 9 de agosto de 2019*. Disponível em: <https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/prf_18/arquivos/ED_32_PRF_2018_RES_FINAL_BIOP_HETERO.PDF> Acesso em: 10 mar. 2022.

⁴¹ Ibid.

⁴²VON JHERING, Rudolph, 1818-1892. *A luta pelo direito*. Tradução Dominique Markins. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 79

CONCLUSÃO

Diante de tudo que se expôs, conclui-se que o presente trabalho demonstrou que as eliminações enfrentadas pelos candidatos deficientes monoculares para o ingresso de cargo público de provimento de vagas para Policial Rodoviário Federal e Polícia Federal representam verdadeiras barreiras atitudinais. Porquanto, cria-se obstáculos para o exercício da profissão, defronte a princípios basilares da Constituição Federal que primam pela isonomia.

Conforme fora visto, os candidatos eliminados pela banca são declarados como inapto a exercer atividade policial, em decorrência do parecer feito pela junta médica e pela junta de avaliação biopsicossocial, que resultaram na eliminação dos deficientes.

Outrossim, percebe-se que, o deferimento da tutela de urgência não converge no tolhimento do princípio da isonomia e na violação do instrumento convocatório, frente aos demais candidatos. E ainda, não deve ser interpretado como uma benesse, mas uma política pública que concede um direito genuíno a quem cumpre os requisitos legais, para as vagas reservadas e é apto ao exercício do cargo.

Assim, realizadas as etapas processuais pertinentes, o judiciário aprecia os comandos normativos como o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a própria Constituição Federal, que através do efeito irradiante dos direitos fundamentais, cria um elo com as normas infraconstitucionais, alicerçando-as em princípios basilares para a construção e permanência do Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, o Judiciário possui fundamentação normativa sólida para dizer o direito ao caso concreto, garantindo ao monocular o condão de concorrer às vagas reservadas às pessoas deficientes. E, assim, com a sentença ou acórdão definitivo é garantida a posse do candidato, agora servidor público, que continuará sendo avaliado, como qualquer outro servidor público concursado, ao longo de estágio probatório. Realizando o efetivo juízo de compatibilidade da deficiência com o cargo.

O presente estudo contribuiu para que fosse suscitada a afronta aos direitos constitucionais do deficiente no acesso pleno aos cargos públicos seja concorrendo através do direito de reserva de vagas ou não.

Ademais, buscou-se demonstrar a importância do provimento jurisdicional para o fortalecimento da democracia brasileira, de forma a afastar arbitrariedade e ilegalidades cometida pelos agentes políticos que atuam junto ao Ente contratante.

É sabido que existem diversos editais emitidos pelas bancas avaliadoras ao longo do concurso, que comprovam a eliminação e desclassificação do candidato às vagas reservadas;

cumulado com as sentenças e jurisprudências disponibilizadas nos sítios eletrônicos dos Tribunais. Assim, esse artigo encontrou limitações quantitativas, acerca da apuração real das ações protocoladas por aqueles que sofreram as limitações descritas ao longo da pesquisa e, por conseguinte, retornaram ao certame.

Contudo, não deve ser minorado o impacto social que as eliminações ilegais causam no deficiente e na sociedade. Dessarte, a pesquisa científica fonte de conhecimento e atualização, pode ser contemplada com sugestão deixada por este artigo científico, sobre a análise quantitativa e qualitativa dos deficientes eliminados arbitrariamente pelo agente político e o percentual de retorno através do provimento jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. *Desemprego recua para 14,1% no 2º trimestre, mas ainda atinge 14,4 milhões, aponta IBGE*. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/08/31/desemprego-fica-em-141percent-no-2o-trimestre-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BRASIL. *Diretoria da Gestão de Pessoa da Polícia Federal*. Disponível em: <http://sei.dpf.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0> Acesso em: 07 mar. 2022.

_____. Polícia Rodoviária Federal. *Ofício nº 284/2019/direitos humanos/dira d. 2021. Inclusão de Pessoas com Deficiência na Polícia Rodoviária Federal*. Disponível em: https://sei.prf.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificado=23351149&codigo_crc=174D566B&hash_download=07938259c6c6f887d6848ec1f56dd9a8f6deb727dd6d3e062994ce20e0a30daec16f64c7f350ddcddad56ee40e1ab555bfd2df2a654580dbc4405db2e41bff74&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação nº 02653920154013400*. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890637321/apelacao-civel-ap-ac-402653920154013400/decisao-monocratica-890637535>> Acesso em: 09 mar. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal de 1ª Região. *Apelação Cível nº 1003728-28.2019.4.01.3807*. Disponível em: <<https://pje2g.trf1.jus.br/pje/Processo/ConsultaProcesso/Detalhe/listProcessoCompletoAdvogado.seam?id=895424&ca=b9d1936c89880d53b62d27cb819d6582d5f338b98225c67667b2d504469f6178d4d7646279b3b55b73dfce84056777b>> Acesso: 28 mar. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal 2ª Região. *Agravo de Instrumento nº 5001668-59.2019.4.02.0000*. Disponível em: <<https://extcdn.trf2.jus.br/integracao/prod/internet/jurisproc/50016685920194020000.html>> Acesso em: 28 mar. 2022.



_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento nº0811536-61.2021.4.05.0000*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-5/1525456257>> Acesso em: 05 set. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. 2. ed. São Paulo: WMF, 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CEBRASPE. *Edital concurso prf nº 30, de 2 de setembro de 2021* Disponível em: <https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/prf_21/arquivos/ED_30_PRF_2021_RES_FINAL_SAD E_BIOPSIKO_TTULOS_PROV_HETERO.PDF> Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. *Edital nº 32 – prf – policial rodoviário federal, de 9 de agosto de 2019*. Disponível em: <https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/prf_18/arquivos/ED_32_PRF_2018_RES_FINAL_BIOP_HETERO.PDF> Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. *Relação final dos candidatos com a inscrição deferida para concorrerem na condição de pessoa com deficiência*. Disponível em: https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/prf_18/arquivos/PRF_2018_RELACAO_FINAL_PCD.PDF> Acesso em: 10 mar. 2022.

FIGUEIRA, Emílio. *As pessoas com deficiência na história do Brasil: uma trajetória de silêncio e gritos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Walk, 2021.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Sentença cível: teoria e prática*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil esquematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

LIMA, Davvy. *Pessoas com deficiência: palavras e pré+conceito*. Marabá: Da Autora, 2021.

LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENTE, Luiz Otávio. *Curso de Sentença Cível*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da Diferença e Ações Afirmativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

NOGUEIRA, Geraldo. *Pessoas com deficiência: opinião e crítica*. Rio de Janeiro: HP Comunicação, 2019.

REVISTA BRASIL. *Dia Internacional das Pessoas com Deficiência: Avanços e desafios no Brasil*. 2020. Disponível em: <https://radios.ebc.com.br/revista-brasil/2020/12/dia->



internacional-das-pessoas-com-deficiencia-avancos-e-desafios-no-brasil. Acesso em: 08 set. 2021.

SASSAKI, Romeu Kazumi — *Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos*. Rio de Janeiro: WWA, 1997.

VON JHERING, Rudolph, 1818-1892. *A luta pelo direito*. Tradução Dominique Markins. São Paulo: Hunter Books, 2012.

ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DA OBTENÇÃO DE PROVA EM APLICATIVOS DE MENSAGENS

Otávio Guizzo Duncan Couto

Graduado com *cum laude* pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-graduando no curso *Lato Sensu* de especialização em Direito Público e Privado. Advogado.

Resumo - a utilização de aplicativos de mensagens é, hodiernamente, a principal forma de comunicação dos indivíduos no Brasil e no mundo, sendo assim, já era de se esperar que o rotineiro uso daqueles viesse a acarretar impactos jurídicos significativos. Sob a ótica penal, em específico, vislumbra-se a inegável utilização de tais ferramentas para o cometimento de delitos em geral, o que suscita relevantes discussões acerca da admissibilidade, no processo penal, das provas, eventualmente, obtidas em aplicativos de mensagens, tendo em vista a existência de um aparente conflito entre o direito constitucional à privacidade dos usuários e os vetores da efetividade e eficiência, que devem nortear, em um sentido amplo, a persecução penal. Ao final do presente artigo, examinam-se, ainda, alguns acórdãos paradigmáticos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que abordam a problemática em torno da licitude de tais provas.

Palavras-chave – Processo Penal. Prova ilícita. Aplicativos de mensagens. Autorização judicial.

Sumário – Introdução. 1. O conceito de prova ilícita à luz do processo penal. 2. O ordenamento jurídico brasileiro e a obtenção de prova em aplicativos de mensagens. 3. Análise de julgados paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como foco analisar a admissibilidade, no processo penal, das provas obtidas em aplicativos de mensagens, levando-se em consideração as particularidades das mais diversas situações vivenciadas pelos usuários na contemporaneidade, uma vez que tais importantes ferramentas de comunicação passaram a ser também solo fértil para a prática de delitos em geral.

Desde a criação da *Internet* em 1969, tem-se observado, em escala planetária, um exponencial avanço dos meios tecnológicos como um todo. Nesse contexto, houve o desenvolvimento de uma série de aplicativos de mensagens que visam, precipuamente, a facilitar a comunicação entre os usuários em geral com as mais diversas finalidades. Indubitavelmente, o uso de aplicativos de mensagens, no tempo presente, é o principal meio de comunicação dos indivíduos no Brasil e no mundo. O mais popular desses aplicativos,

hodiernamente, e que por isso terá, nesta pesquisa, maior destaque é o *WhatsApp*, desenvolvido, é de se frisar, apenas, no ano de 2009.

Até pouco anos atrás, sequer cogitava-se da efetiva utilização de eventuais trocas de mensagens por meio de aplicativos digitais como provas, seja no processo civil ou penal, isto é, como elementos aptos a contribuir, decisivamente, para a formação do convencimento do julgador em um dado caso concreto. É certo, porém, que, no atual estágio da globalização, não se pode mais desprezar tal meio de prova, sob pena de o Direito entrar em total descompasso com a realidade.

O artigo científico se estrutura em 3 (três) capítulos.

No primeiro capítulo, discute-se acerca do conceito de prova ilícita à luz do processo penal e de como esse assunto se relaciona com a legitimação do poder punitivo estatal (*ius puniendi*) como um todo, apresentando-se, ainda, diferentes visões e classificações doutrinárias sobre o tema.

No segundo capítulo, coteja-se o ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à regulamentação do processo de obtenção de provas em aplicativos de mensagens, com fins de averiguar se o atual arcabouço normativo assegura, efetivamente, a tutela almejada e/ou em que medida isso se dá.

Por fim, no terceiro capítulo, tem-se a análise de alguns acórdãos paradigmáticos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), abordando a problemática em torno da licitude das provas obtidas em aplicativos de mensagens, especialmente, o *WhatsApp*, bem como as balizas interpretativas que vêm sendo assentadas, em tais julgados, por aquela corte superior.

A presente pesquisa desenvolve-se pautada nos métodos dialético e hipotético-dedutivo, explicitando as mais relevantes discussões, hodiernamente, existentes na doutrina pátria acerca do tema, isto é, os principais pontos de convergência e divergência entre os mais renomados doutrinadores nacionais sobre a questão em foco. O pesquisador, ao valer-se de uma abordagem qualitativa e com um viés, essencialmente, descritivo do tema em análise, busca compreender o problema em toda a sua complexidade, amplitude e relevância social e jurídica, utilizando-se para tanto da pesquisa bibliográfica com base no levantamento de fontes, fichamentos e resumos preparados durante a fase exploratória da pesquisa. No que concerne à legislação pátria, serão feitas incursões - sob a perspectiva da Constituição da República de 1988 - pelo Código de Processo Penal de 1941, pela Lei nº 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica), pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Processo Civil de 2015.

1. O CONCEITO DE PROVA ILÍCITA À LUZ DO PROCESSO PENAL

Não se pode ter a pretensão de dissertar sobre prova ilícita, no processo penal brasileiro, deixando-se de mencionar, em um primeiro momento, o teor do art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República de 1988¹.

De maneira inovadora, a Constituição Cidadã assentou, expressamente, no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais dos indivíduos, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. A respeito da importância de tal dispositivo constitucional nos regimes democráticos lapidar leciona Eugênio Pacelli²:

em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a estatura fundante do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo, porque destinado a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público.

De acordo com Pacelli³, a norma constitucional que proíbe a utilização, no processo penal, de provas ilícitas, além de promover uma maior aproximação, em um sentido amplo, entre ética e Direito, tem também um importante papel no “controle da regularidade” da persecução penal como um todo, na medida em que desincentiva que o Estado se valha de meios de produção de prova ilegais o que, segundo o autor, assume forte caráter pedagógico. Confira-se:

a norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo. Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias.⁴

Paulo Rangel⁵, por sua vez, apregoa que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos configura uma verdadeira limitação ao “princípio da liberdade da prova”, ao obtemperar que:

[...] o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública – princípio da verdade processual –, porém, essa investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 out. 2021.

²OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 87.

³Ibid., p. 443.

⁴Ibid.

⁵RANGEL, Paulo. *Direito Processual penal*. 27. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 756/757.

Nessa mesma toada, Renato Brasileiro de Lima⁶ aduz que a decisão do legislador constituinte denota a primazia do “interesse público” e da salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais na condução da atividade persecutória estatal em detrimento do antigo dogma da “busca ilimitada da verdade”.

O autor⁷ reconhece que, para o cidadão comum, não há a menor plausibilidade na absolvição de um culpado, sob a mera justificativa de que as provas que incriminem este tenham sido produzidas mediante meios ilícitos, ou seja, para o “leigo”, “os fins justificam os meios”. Ocorre, todavia, que, segundo Brasileiro, a busca da verdade, em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, não pode ser promovida a todo custo. Tendo isso em vista, o doutrinador⁸ chega a asseverar a existência de uma relação direta entre a observância dos direitos e garantias fundamentais e a legitimação do sistema punitivo (*ius puniendi*) como um todo:

a eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do próprio sistema punitivo.

Acerca do conceito de prova ilícita, propriamente dito, Aury Lopes Jr.⁹ ressalta que, conquanto as legislações constitucional e infraconstitucional não venham a diferenciar, efetivamente, provas ilícitas de provas ilegítimas, tratando-as como sinônimos, prevalece, na doutrina nacional, a noção de que “provas ilegais” é gênero que comporta duas espécies: “provas ilícitas” e “provas ilegítimas”.

Perfilando-se ao lado da doutrina majoritária, a qual entende existir distinção entre os aludidos termos técnicos, Renato Brasileiro¹⁰ aponta que tal diferença consiste, precipuamente, no fato de que as provas ilícitas, propriamente ditas, são aquelas obtidas mediante violação de alguma regra de direito material; As provas ilegítimas, por outro lado, são aquelas em que durante a produção da prova houve violação à norma de direito processual. Além disso, segundo o autor¹¹, ainda, tais espécies de prova diferenciam-se, no que diz respeito ao momento em que são produzidas, sendo a prova ilícita, geralmente, produzida no momento da própria colheita da prova, isto é, em momento prévio ou concomitante ao processo, mas externamente a este; já a prova ilegítima é produzida, geralmente, ao longo da marcha processual, razão pela

⁶BRASILEIRO, Renato. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 687/688.

⁷Ibid., p. 684.

⁸Ibid.

⁹LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 629/630.

¹⁰BRASILEIRO, op.cit., p. 685/686.

¹¹Ibid.

qual é classificada como “endoprocessual”. É válido frisar a ressalva de Brasileiro¹², no que concerne à perfeita possibilidade de que coexista, no caso concreto, uma prova que viole, simultaneamente, norma de direito material e processual, enquadrando-se por isso mesmo em ambos os conceitos de prova ilícita e ilegítima.

Paulo Rangel¹³ acrescenta a existência de uma terceira categoria, qual seja, a das “provas irregulares”, concebendo estas como aquelas em que, embora tenha havido a estrita observância das normas processuais, houve o desrespeito a alguma das formalidades legais. Nas palavras do doutrinador: “Quer-se dizer, embora a lei processual admita (não proibida) um determinado tipo de prova, ela exige, para sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas.”¹⁴

Há, ainda, autores, tais como Norberto Avena¹⁵, que enaltecem que o conceito de prova ilícita está especialmente relacionado ao fato de determinada prova ter sido obtida mediante “violação direta ou indireta a garantias ou preceitos de índole constitucional”:

quanto à referência inserta ao art. 157 no sentido de que ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não está incorreta, apenas se devendo entender este último caso (“ou legais”) como hipótese de *violação indireta à Magna Carta*, vale dizer, ofensa a dispositivo de lei cujo conteúdo reflita em garantia constitucional.

Não obstante a controvérsia apresentada, é de se salientar que, para autores como Aury Lopes Jr.¹⁶ e Guilherme de Souza Nucci¹⁷, após a reforma do Código de Processo Penal em 2008, e a nova redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008, ao art. 157 do CPP¹⁸, a distinção entre prova “ilícita” e “ilegítima” não tem mais razão de ser, devendo tanto as provas que violem norma de direito processual quanto norma de direito material serem tidas, ambas, como ilícitas.

¹²Ibid.

¹³RANGEL, op. cit., p. 760.

¹⁴Ibid.

¹⁵AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 949.

¹⁶LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 630.

¹⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 689.

¹⁸BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 6 out. 2021.

2. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A OBTENÇÃO DE PROVA EM APLICATIVOS DE MENSAGENS

Cumpra registrar, em linhas gerais, que a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos X e XII¹⁹, assegura, respectivamente, o direito fundamental dos indivíduos à “intimidade” e à “vida privada”, bem como a inviolabilidade do sigilo de “dados” e das “comunicações telefônicas”, sendo certo que o levantamento de tais sigilos requer a existência de expressa autorização judicial, devendo se dar nas “hipóteses” e na “forma” estabelecidas pela lei “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. É oportuno registrar, ainda, que, recentemente, houve a promulgação da Emenda Constitucional nº 115, de 2022²⁰, que incluiu o inciso LXXIX, no art. 5º, da CRFB/88²¹, estabelecendo como um dos direitos e garantias fundamentais a “proteção dos dados pessoais”, inclusive, “nos meios digitais”.

No que concerne, por sua vez, à normatização pela legislação infraconstitucional brasileira do procedimento de obtenção de prova em aplicativos de mensagens, é de se considerar que o Código de Processo Penal brasileiro foi promulgado no longínquo ano de 1941, isto é, ainda, na primeira metade do século XX, já sendo de se esperar que tal diploma legislativo tenha ficado bastante defasado em face dos acelerados avanços tecnológicos ocorridos nos últimos anos e seus diversos impactos no mundo do direito como um todo.

Destarte, hodiernamente, a principal legislação de que tem se valido os operadores do direito, “analogicamente”, com vistas a legitimar a utilização, no processo penal, de provas oriundas de aplicativos de mensagens é a Lei nº 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica)²² que - ao regulamentar a parte final do inciso XII do art. 5º da CRFB/88²³ - prevê, no parágrafo único do seu artigo 1º²⁴, a aplicação de suas disposições “à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”. Mais adiante, no art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96²⁵, consta que em sendo possível, por meio de determinada diligência, a “gravação da comunicação interceptada”, deve-se proceder à transcrição de tal gravação.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰BRASIL. *Emenda Constitucional nº 115*, de 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1>. Acesso em: 4 fev. 2022.

²¹BRASIL, op. cit., nota 1.

²²BRASIL. *Lei nº 9.296*, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 fev. 2022.

²³BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴Ibid.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 22.



Nessa toada - obtempera Renato Brasileiro²⁶ - o produto de uma determinada interceptação telefônica é, por excelência, uma prova documental que, por sua vez, pode vir a ser submetida a realização de exame pericial, em havendo eventual controvérsia acerca de sua autenticidade:

ao ter acesso ao resultado da diligência, a defesa pode arguir a licitude ou ilicitude da prova, hipótese em que poderá requerer seu desentranhamento dos autos, com fundamento no art. 157, *caput*, do CPP. Poderá discutir também a idoneidade técnica da operação de interceptação, a autenticidade da prova documental, a própria identificação da voz etc. (...) O problema envolve a autenticidade das reproduções mecânicas e não é diverso do que se coloca em relação a outras fontes de prova do mesmo gênero. Se a pessoa a quem a conversa é atribuída não a reconhecer como sua, será necessária a realização de exame pericial, com a comparação do espectograma da voz – técnica de comparação das vozes – para a análise das vozes e sua comparação.

Brasileiro²⁷ confere, ainda, enfoque ao art. 422 do Código de Processo Civil de 2015²⁸, o qual dispõe que “qualquer reprodução mecânica ou de outra espécie” pode vir a constituir prova das coisas e dos fatos representados, desde que não haja a impugnação da compatibilidade de determinada reprodução com o respectivo documento primário pela parte em face da qual tal prova tenha sido produzida.

Com efeito, no âmbito do direito processual civil, indica-se o art. 369 do CPC²⁹ como sendo o principal dispositivo legal a assegurar o uso das “provas tecnológicas”, ao assegurar terem direito as partes de se valerem dos “meios legais”, e também daqueles “moralmente legítimos”, conquanto não arrolados no Código Civil, a fim de provarem a veracidade dos fatos em que se embasa o respectivo pleito ou tese defensiva, bem como visando ao convencimento do julgador.

Nesse sentido, Alessandra Salim e Kelly Sanches³⁰ esclarecem que:

o objetivo do legislador foi justamente permitir a utilização de outros instrumentos para que a comprovação dos fatos não ache um obstáculo num processo judicial engessado, mantendo-se sempre a ressalva de que a prova em questão não seja obtida de uma forma ilícita ou moralmente ilegal. Assim, as denominadas “provas tecnológicas” servem, sim, como mais um elemento de convencimento para o juiz do caso, desde que assegurada a ampla defesa e o direito ao contraditório.

²⁶BRASILEIRO, op.cit., p. 848.

²⁷Ibid.

²⁸BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 fev. 2022.

²⁹ Ibid.

³⁰SALIM, Alessandra; SANCHES, Kelly. *O WhatsApp como prova processual: o que é preciso saber sobre o assunto*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/salim-sanches-whatsapp-prova-processual#author>>. Acesso em: 4 fev. 2022.

Leonardo Grecco³¹ também aduz que é chegada, de uma vez por todas, a “hora de legitimar esse tipo de prova”:

entender que as mensagens de *WhatsApp* não podem ser usadas como prova no processo, de qualquer forma, é condená-la ao retrocesso. Enfim, apenas o cuidado de se devassar a intimidade tão somente diante de autorização judicial é que se pretende, de modo a legitimar esse tipo de prova.

Nessa linha de raciocínio, os processualistas civis têm apontado³² o teor dos arts. 439 e 440, ambos do CPC. O art. 439 do CPC³³ prevê que para eventual utilização, no processo, de determinados documentos eletrônicos, faz-se imprescindível que tenham sido convertidos à “forma impressa”, bem como que tenha sido verificada a “autenticidade” de tais documentos. O art. 440 do CPC³⁴, por sua vez, dispõe que incumbe ao julgador, no caso concreto, avaliar o “valor probante” do documento eletrônico que não tenha sido convertido, devendo-se garantir às partes, é de se enfatizar, o acesso ao teor integral de tal documento.

Uma das maiores críticas que têm sido feitas pela doutrina à utilização em processos - sejam eles, cíveis ou criminais - de provas obtidas em aplicativos de mensagens, e que não pode ser desprezada, diz respeito ao grau de confiabilidade de tais provas, uma vez que é inegável a possibilidade de que determinadas mensagens venham a ser, porventura, adulteradas e/ou simplesmente apagadas por seus respectivos emitentes, de modo a distorcer o contexto em que os diálogos entre as partes, realmente, transcorreram, e o que é pior, muitas das vezes, isso se dá sem que tais expedientes deixem quaisquer rastros.

Eis que, a despeito de remanescer, sempre, a possibilidade de produção de prova pericial, tem-se sugerido, alternativamente, o uso de um interessante instrumento público, qual seja, a Ata Notarial. Consoante passou a ser previsto no art. 384, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015³⁵, é possível atestar ou documentar a existência e a forma de existir de certo fato, em havendo pedido do interessado, por meio de “ata lavrada por tabelião”. Interessante disposição consta, ainda, do parágrafo único do supracitado artigo³⁶ que, por seu turno, assegura a possibilidade de que também estejam registrados na ata notarial os dados representados por imagens ou sons que houverem sido salvos em algum arquivo eletrônico.

³¹GRECCO, Leonardo. *As mensagens de WhatsApp como meio de prova*. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/as-mensagens-de-whatsapp-como-meio-de-prova/>>. Acesso em: 4 fev. 2022.

³²HILDEBRAND, Cecília Rodrigues Frutuoso. Da utilização do *WhatsApp*, de outros aplicativos de mensagem instantânea ou das redes sociais como prova no processo civil. In: VIII CONGRESSO DA FEPODI, 8, 2021, São Paulo. *Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI*. São Paulo: FEPODI, 2021.

³³BRASIL, op. cit., nota 28.

³⁴Ibid.

³⁵Ibid.

³⁶Ibid.

Cecília Rodrigues Frutuoso Hildebrand³⁷, todavia, faz uma oportuna ressalva:

ninguém discute a segurança que a ata notarial traz para a prova tecnológica. Todavia, não há que se impor a lavratura da ata notarial como pré-requisito para a validade da prova produzida por meio digital. Por esse motivo, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, no seu grupo de trabalho referente ao direito probatório formulou o enunciado 636, *in verbis*: “Enunciado 636. (arts. 439, 440, 369 e 384) As conversas registradas por aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais podem ser admitidas no processo como prova, independentemente de ata notarial. (Grupo: Direito probatório)”

Na órbita do direito material, propriamente dito, merece destaque o art. 225 do Código Civil de 2002³⁸, o qual prevê que quaisquer “reproduções mecânicas ou eletrônicas” têm o condão de configurar “prova plena” de “fatos ou de coisas”, desde que não haja a impugnação da “exatidão” de tais reproduções pela parte em face da qual vierem a ser, eventualmente, exibidas. A respeito de tal dispositivo legal Hildebrand³⁹ bem observa que, em princípio, “a legitimidade e validade das provas eletrônicas é presumida”. Sendo essa, porém, uma presunção *iuris tantum* (relativa), tem-se a possibilidade de que reste afastada em determinados casos.

3. ANÁLISE DE JULGADOS PARADIGMÁTICOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA

Em algumas ocasiões, relativamente, recentes, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) debruçou-se, quando do julgamento de determinados casos concretos, sobre a problemática em torno da licitude das provas obtidas em aplicativos de mensagens, com destaque para o *WhatsApp*. Examinar-se-ão, a seguir, alguns destes julgados mais relevantes⁴⁰, bem como as balizas interpretativas que vêm sendo assentadas por aquela corte superior acerca do tema em discussão.

Indubitavelmente, a questão jurídica, ora pacificada, que mais despertava controvérsias é a que diz respeito à eventual necessidade de prévia autorização judicial, para que a autoridade policial possa ter acesso às conversas registradas no *WhatsApp* de determinado suspeito de crime, em havendo a apreensão do respectivo aparelho celular deste, quando de sua

³⁷HILDEBRAND, op., cit. 32.

³⁸BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 4 fev. 2022.

³⁹HILDEBRAND, op., cit. 32.

⁴⁰DIZER O DIREITO. *WhatsApp e licitude da prova*. 15 jul. 2021. Instagram. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CRXTTMvoKAw/?utm_medium=share_sheet>. Acesso em: 7 mar. 2022.

prisão em flagrante. Eis que o STJ, no julgamento do *RHC* nº 67.379/RN⁴¹, já no ano de 2016, assentou o entendimento de que a despeito da apreensão do aparelho ser, perfeitamente, possível em se vislumbrando o estado de flagrância do suspeito, a autorização judicial, e devidamente motivada, é de se frisar, revela-se, por sua vez, imprescindível, para que haja o acesso às eventuais mensagens contidas no *WhatsApp* do investigado, uma vez que tais diálogos encontram-se albergados pelo manto do sigilo telefônico em um sentido amplo, consoante previsão legal do art. 5º, inciso XII, da CRFB/88⁴². No aludido acórdão⁴³, restou consignado, ainda, a necessidade, em momento posterior à apreensão do aparelho de determinado suspeito, de prévio requerimento da autoridade policial, a fim de que a devassa de dados se legitime no respectivo caso em análise:

[...] embora seja despicienda ordem judicial para a apreensão dos celulares, pois os réus encontravam-se em situação de flagrância, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática. Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública.

No julgamento do *Resp* nº 1.806.792/SP⁴⁴, o STJ também reconheceu a ilegalidade, por violação ao sigilo telefônico, da ordem judicial que determinou a habilitação de *chip* da autoridade policial no aparelho celular de determinado investigado, considerando que:

[...] a ação, se implementada, permitiria aos investigadores acesso irrestrito a todas as conversas por meio do *WhatsApp*, inclusive com a possibilidade de envio de novas mensagens e a exclusão de outras. Se não bastasse, eventual exclusão de mensagem enviada ou de mensagem recebida não deixaria absolutamente nenhum vestígio e, por conseguinte, não poderia jamais ser recuperada para servir de prova em processo penal, tendo em vista que, em razão da própria característica do serviço, feito por meio de encriptação ponta-a-ponta, a operadora não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.

Sob outro giro, no julgamento do *RHC* nº 77.232/SC⁴⁵, o STJ consolidou o entendimento de que em havendo determinação judicial para a busca e apreensão do celular de determinado suspeito, não se faz necessária nova ordem judicial, para que a autoridade policial

⁴¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC* nº 67.379/RN. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66829005&num_registro=201600186073&data=20161109&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 41.

⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp* nº 1.806.792/SP. Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105593628&num_registro=201901030232&data=20210525&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

⁴⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC* nº 77.232/SC. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77259872&num_registro=201602706592&data=20171016&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

possa ter acesso aos dados que estejam gravados no respectivo aparelho, tais como as conversas realizadas no *WhatsApp*:

[...] se ocorreu a busca e apreensão dos aparelhos de telefone celular, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados.

No julgamento do *RHC* nº 99.735/SC⁴⁶, por sua vez, o STJ reconheceu a nulidade de decisão judicial que autorizava o “espelhamento” do *WhatsApp* de determinado suspeito, permitindo com que a autoridade policial pudesse ter acesso, por meio do *WhatsApp Web*, aos diálogos tidos pelo investigado. No acórdão⁴⁷, restou consignado que não se mostra razoável, em tal hipótese, por manifesta incompatibilidade, a analogia com o instituto da interceptação telefônica, previsto no art. 1º da Lei nº 9.296/1996⁴⁸:

[...] ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *WhatsApp Web* o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma online, de interagir nos diálogos mediante envio de novas mensagens a qualquer contato presente no celular e exclusão, com total liberdade, e sem deixar vestígios, de qualquer mensagem passada, presente ou, se for o caso, futura.

No aludido acórdão⁴⁹, foi apontada, ainda, uma outra diferença significativa a legitimar o tratamento legal diferenciado nas respectivas situações:

[...] ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (*ex nunc*), o espelhamento via Código QR viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*).

No recente julgamento do *AgRg* no *RHC* nº 133.430/PE⁵⁰, por razões análogas às invocadas no julgamento do já ventilado *RHC* nº 99.735/SC⁵¹, inclusive, encontrando-se menção, naquele julgado, a este, o STJ assentou o entendimento de que *prints screen* da tela do *WhatsApp Web*, não podem, em princípio, serem utilizados como prova no processo penal. Não

⁴⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC* nº 99.735/SC. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88643916&num_registro=201801533498&data=20181212&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

⁴⁷Ibid.

⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 22.

⁴⁹BRASIL, op. cit., nota 46.

⁵⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg* no *RHC* nº 133.430/PE. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120682705&num_registro=202002175828&data=20210226&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

⁵¹BRASIL, op. cit., nota 46.

obstante, renomados doutrinadores⁵² continuam a defender a plena possibilidade, em determinadas circunstâncias, de uso dos *prints* de *WhatsApp* como prova:

[...] apesar da barreira processual, não é completamente impossível utilizar *prints* de *WhatsApp* como prova. Caso a parte, contra a qual a captura é usada, confirme o envio ou recebimento das mensagens, por exemplo, a prova passa a ter valor jurídico – mas devido ao reconhecimento da pessoa envolvida, e não pelo *print* em si, como explica Badaró. Rocha, indica que, caso o *print* seja levado aos autos junto a outros elementos, como testemunhas e documentos, é possível construir um conjunto probatório válido. Mas caso a captura de tela seja o único elemento apresentado, “é muito provável que haja desconsideração dessa prova ou diminuição de seu valor, seja na esfera civil, seja na esfera penal”.

No julgamento do *RHC* n° 86.076/MT⁵³, por sua vez, o STJ reconheceu como lícito o acesso pela polícia do conteúdo das conversas trocadas pelo *WhatsApp* por vítima já falecida, independentemente de haver prévia autorização judicial para tanto, tendo em vista que, no caso concreto, houve a entrega voluntária do aparelho celular da vítima por parte do respectivo cônjuge, parte interessada na apuração do delito:

[...] não há ilegalidade na perícia de aparelho de telefonia celular pela polícia na hipótese em que seu proprietário – a vítima – foi morto, tendo o referido telefone sido entregue à autoridade policial por sua esposa, interessada no esclarecimento dos fatos que o detinha, pois não havia mais sigilo algum a proteger do titular daquele direito.

Por fim, é válido registrar que, no julgamento do *RMS* n° 60.531/RO⁵⁴, o STJ assentou o entendimento de que não é cabível a imposição de multa à empresa proprietária do aplicativo *WhatsApp*, mesmo em caso de descumprimento de ordem judicial de interceptação de mensagens trocadas por suspeitos de integrarem organização criminosa. No aludido acórdão⁵⁵, prevaleceu a tese da empresa de que existe uma impossibilidade técnica de se atender à tal decisão judicial, considerando o emprego pelo *WhatsApp* da “criptografia de ponta a ponta” que, no entanto, tem a vantagem de assegurar a privacidade dos usuários, bem como a liberdade de expressão dos cidadãos.

⁵²HIGÍDIO, José. *Prints do WhatsApp dificilmente podem ser usados como prova*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-25/prints-whatsapp-dificilmente-podem-usados-prova>>. Acesso em: 7 mar. 2022.

⁵³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC* n° 86.076/MT. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RHC_86076_34e7c.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1646628897&Signature=YLtWKhaHsgydbqA0RLgUWbnXPTU%3D>. Acesso em: 7 mar. 2022.

⁵⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS* n° 60.531/RO. Relator: Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=119311830&n_um_registro=201900993927&data=20201217&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

⁵⁵Ibid.

CONCLUSÃO

Em linhas gerais, o presente trabalho se propôs a discutir a admissibilidade, no processo penal, das provas oriundas de aplicativos de mensagens, com destaque para o *WhatsApp*, considerando o aparente conflito entre o direito à privacidade dos usuários, que encontra previsão legal nos incisos X e XII do art. 5º da CRFB/88, e os vetores da efetividade e eficiência, que devem nortear, em um sentido amplo, a persecução penal.

Eis que se averiguou que já existe, no Brasil, uma parcela significativa de doutrinadores renomados a defenderem, com entusiasmo, a perfeita possibilidade de utilização das provas, eventualmente, obtidas em aplicativos de mensagens, seja no processo civil ou penal, desde que observados determinados critérios, é de frisar, como por exemplo a imprescindibilidade, em algumas situações, de prévia autorização judicial, para que só então ocorra a devassa dos dados de determinado usuário que se encontrem acobertados pelo manto do sigilo.

Na visão de tais operadores do direito, faz-se mister superar uma abordagem jurídica mais conservadora acerca do tema, e, indubitavelmente, também já ultrapassada, com vistas a compatibilizar a teoria geral do processo e as próprias normas de direito material com os acelerados avanços tecnológicos que marcam a contemporaneidade e seus respectivos impactos para a órbita do direito.

Constatou-se que, diante de um Código de Processo Penal, que se tornou obsoleto em face de uma das mais relevantes questões jurídicas do século XXI, a doutrina tem se socorrido, e com relativo êxito, na seara infraconstitucional, da “aplicação analógica” de outros diplomas legislativos, tais como o Código Civil de 2002, o Código de Processo Civil de 2015 e, principalmente, a Lei nº 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica).

Contudo, é inegável que tal solução não se mostra a mais adequada, sendo certo que, especificamente, o direito processual civil e o direito civil, leia-se o “direito privado” como um todo tem fundamentos, princípios e metodologias bem distintas daquelas que norteiam o direito penal e processual penal, pertencentes, por sua vez, ao ramo do “direito público”.

Com efeito, descortinou-se um cenário pautado por relativa insegurança jurídica, e que pede um olhar diferenciado da academia, operadores do direito, opinião pública e, notadamente, do Congresso Nacional a quem compete legislar sobre o assunto (direito penal e processual penal), com o objetivo de se assegurar, justamente, um combate mais efetivo e eficiente em um sentido amplo da moderna criminalidade.

Apurou-se, ainda, que a crítica mais costumeira que a doutrina costuma tecer à utilização em processos, sejam eles, cíveis ou criminais, de provas obtidas em aplicativos de mensagens, e que não pode ser ignorada, concerne ao grau de confiabilidade de tais provas, visto que remanesce a possibilidade de que determinadas mensagens sejam, eventualmente, adulteradas e/ou apagadas por aqueles que as tenham emitido, de maneira a distorcer assim o contexto em que os diálogos entre os interlocutores, realmente, transcorreu. Destarte, conquanto remanesça a possibilidade de produção de prova pericial, têm-se a interessante sugestão de especialistas defendendo, alternativamente, o uso da Ata Notarial, instrumento público que passou a ter previsão legal no art. 384 do Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, da detida análise dos acórdãos paradigmáticos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), verificou-se o estabelecimento de uma jurisprudência, ainda que incipiente, abordando a problemática em torno da licitude, em um sentido amplo, das provas obtidas em aplicativos de mensagens, especialmente, o *WhatsApp*. Tratam-se de julgados que, a despeito de não terem caráter, eminentemente, vinculante, explicitam o hodierno entendimento do STJ sobre questões controvertidas do tema em comento, e que se repetem em inúmeros outros processos judiciais Brasil afora. Assim, tem-se, inequivocamente, nos acórdãos cotejados, a fixação de importantes balizas interpretativas a orientarem, doravante, a atuação do Poder Judiciário como um todo em casos concretos análogos àqueles.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 4 fev. 2022.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 fev. 2022.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 6 out. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 out. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 115*, de 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1>. Acesso em: 4 fev. 2022.



_____. *Lei nº 9.296*, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RHC nº 133.430/PE*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120682705&num_registro=202002175828&data=20210226&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.806.792/SP*. Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105593628&num_registro=201901030232&data=20210525&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 67.379/RN*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66829005&num_registro=201600186073&data=20161109&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 77.232/SC*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77259872&num_registro=201602706592&data=20171016&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 86.076/MT*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RHC_86076_34e7c.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1646628897&Signature=YLtW KhaHsgydbqA0RLgUWbnXPTU%3D>. Acesso em: 7 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 99.735/SC*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88643916&num_registro=201801533498&data=20181212&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 60.531/RO*. Relator: Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=119311830&num_registro=201900993927&data=20201217&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2022.

BRASILEIRO, Renato. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2020.



DIZER O DIREITO. *WhatsApp e licitude da prova*. 15 jul. 2021. Instagram. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CRXTTMvoKAw/?utm_medium=share_sheet>. Acesso em: 7 mar. 2022.

GRECCO, Leonardo. *As mensagens de WhatsApp como meio de prova*. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/as-mensagens-de-whatsapp-como-meio-de-prova/>>. Acesso em: 4 fev. 2022.

HIGÍDIO, José. *Prints do WhatsApp dificilmente podem ser usados como prova*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-25/prints-whatsapp-dificilmente-podem-usados-prova>>. Acesso em: 7 mar. 2022.

HILDEBRAND, Cecília Rodrigues Frutuoso. Da utilização do WhatsApp, de outros aplicativos de mensagem instantânea ou das redes sociais como prova no processo civil. In: VIII CONGRESSO DA FEPODI, 8, 2021, São Paulo. *Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI*. São Paulo: FEPODI, 2021.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual penal*. 27. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

SALIM, Alessandra; SANCHES, Kelly. *O WhatsApp como prova processual: o que é preciso saber sobre o assunto*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/salim-sanches-whatsapp-prova-processual#author>>. Acesso em: 4 fev. 2022.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: UMA REFLEXÃO À LUZ DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Priscila Ribeiro da Silva de Aguiar

Graduada pela Universidade Estácio de Sá

Resumo – a recente Lei nº 13.964/2019 alterou o art. 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro para expressamente permitir o Acordo de Não Persecução Penal. Nesse sentido, surgiram relevantes controvérsias doutrinárias quanto à forma mais adequada de aplicação do referido instituto, dada a sua natureza jurídica de negócio jurídico extraprocessual. No presente trabalho, visa-se à análise desses posicionamentos divergentes, com a finalidade precípua de sustentar a aplicação de forma igualitária para todos os acusados que se encontrem na mesma situação jurídica. Para tanto, defende-se a aplicação do instituto de maneira a atingir o alcance para todos acusados que preencham os requisitos exigidos em lei.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Justiça Consensual. Acordo de Não Persecução Penal.

Sumário – Introdução. 1. O Acordo de não persecução penal como um direito subjetivo do investigado. 2. Da discussão sobre o controle jurisdicional exercido pelo juízo da execução penal. 3. Das consequências jurídicas ocasionadas pelo cumprimento integral do acordo de não persecução penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é refletir sobre o papel da justiça penal consensual, notadamente a aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal.

Na seara criminal, com o advento da Lei nº 13.964/19, consagrou-se no artigo 28-A do Código de Processo Penal o acordo de não persecução penal como forma de justiça criminal negociada, entretanto, ainda permanece na doutrina e na jurisprudência a defesa pela impossibilidade do representante do Ministério Público em oferecer o acordo, não sendo, portanto, um direito garantido do investigado.

É diante dessa tensão que se desenvolve o tema da pesquisa.

Objetiva-se discutir o acordo de não persecução penal instituído pela Lei nº 13.964/2019 de forma abrangente para que seu uso seja, de fato, de observância obrigatória do sistema cooperativo entre a acusação e o investigado, de forma a maximizar a efetividade do presente acordo.

Vale ressaltar que a pesquisa busca compreender o motivo pelo qual o Código de Processo Penal atribuiu o início do cumprimento do acordo perante o juízo de execução penal, uma vez que se trata de um instituto negocial e não, de uma penalidade. Não faltam, portanto, debates doutrinários

No primeiro capítulo, pretende-se compreender, o acordo de não persecução penal

como um direito subjetivo do investigado, de forma a apresentar as características essenciais para o oferecimento do acordo, positivado no art 28-A do Código de Processo Penal vigente.

O segundo capítulo, partindo da noção de que a norma processual penal fixou ao juízo de execução penal o início da execução do acordo, após homologação judicial. Desse modo, pretende-se nesse capítulo dirimir a controvérsia quanto à compatibilidade sobre o controle jurisdicional exercido pelo juízo de execução penal para o início do acordo. O debate debruça-se sobre a impossibilidade de um negócio jurídico consensual penal ser fiscalizado por um juízo cuja função precípua é a execução de pena, havendo, assim, uma interpretação incoerente da lei.

No terceiro capítulo, vencida as abordagens conceituais, são examinadas as consequências jurídicas ocasionadas pelo cumprimento integral do acordo. Desse modo, busca-se nesse capítulo pormenorizar os reflexos na efetividade após o cumprimento integral, de forma a considerar o investigado o maior favorecido diante da observância correta dos referidos deveres impostos.

Tratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, que é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.

A abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, já que o pesquisador mapeia a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.

1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO UM DIREITO SUBJETIVO DO INVESTIGADO

A realidade da justiça penal consensual sendo introduzida no ordenamento jurídico vem, recorrentemente, sendo ampliada e, recentemente, com o advento da Lei nº 13.964, de 16 de dezembro de 2019¹, denominada de “Pacote Anticrime”, trouxe uma mudança de paradigma

¹BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 12 out. 2021.

no que tange à justiça penal negociada, esta lei introduziu o artigo 28-A ao Código de Processo Penal² que dispõe sobre instituto denominado de acordo de não persecução penal. Assim sendo, o art. 28-A do Código de Processo Penal estabelece expressamente quais são os requisitos que possibilitam o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Nesse contexto, inclui-se atribuição ao Ministério Público propor o acordo impondo condições, ainda que, no presente caso, exista justa causa para oferecimento da ação penal por meio de indícios de autoria e materialidade do fato. Sendo assim, é necessário enfatizar que o objetivo principal do processo penal, diante de um fato típico, ilícito, praticado por alguém culpável, é o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, conforme disposto no artigo 24, *caput*, do Código de Processo Penal³ e, sendo ela recebida pelo magistrado, inicia-se a instauração de um processo criminal em que o investigado se defenda dos fatos imputados, sob o crivo da ampla defesa e contraditório judicial.

Em tal situação, quem tem a função precípua de aplicar qualquer tipo de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou ainda aplicar medida de segurança é o juiz ao invés do Ministério Público, cabendo a esse, apenas, a função acusatória, e não punitiva⁴.

Neste cenário, são atribuídas garantias fundamentais ao bom desenvolvimento do processo, tendo como primazia os princípios constitucionais, convencionais e infralegais inerente a todo indivíduo que esteja respondendo por algum fato criminoso.

Diversamente disso, o acordo de não persecução penal inicia-se como um negócio jurídico extraprocessual firmado entre o promotor de justiça e o investigado devidamente assistido por seu defensor, mas para que seja perfectibilizado é necessário que se torne um negócio jurídico processual com a homologação judicial, conforme afirma Barros⁵:

[...] Por essas razões é possível concluir que a natureza jurídica do Acordo de não Persecução Penal será de arquivamento condicionado. Sendo assim, uma vez cumpridas as condições (explicitadas nas cláusulas do negócio jurídico extraprocessual), o desfecho será apenas um: Arquivamento das investigações.

Posto isso, compreende-se que, diante desse panorama, para a aplicação fidedigna do acordo de não persecução penal, torna-se necessário a adaptação dos pensamentos de todos intervenientes no processo penal, principalmente do Ministério Público, para que haja uma harmonização do sistema processual acusatório. Nesta vertente, observa-se que a principal

²BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm>. Acesso em: 12 out. 2021.

³Ibid.

⁴LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 75.

⁵BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. Leme: Mizuno, 2019, p.216.

problemática encontra-se na incoerência entre casos semelhantes em que alguns alcançam o referido acordo e outros não.

Importante ressaltar, que parte da doutrina entende que o acordo de não persecução penal como um ato discricionário do Ministério Público, não compreendendo, assim, como um direito subjetivo do investigado, ou seja, preenchido os requisitos do artigo 28-A do Código de Processo Penal⁶ o membro do Ministério Público não estaria obrigado a propor o ajuste. Cunha⁷ entende que na justiça penal negociada, uma parte não tem mais direito que a outra, não havendo, portanto, direito subjetivo, pois as partes têm os mesmos direitos, complementa, ainda, seu entendimento, afirmando que o acordo de não persecução penal é uma hipótese de discricionariedade regrada, ou seja, o promotor de justiça deve fundamentar porque não propõe o acordo. Mas isso, não implica reconhecer direito subjetivo do investigado.

Dentro desse contexto, Lima⁸ sustenta que a proposta do acordo de não persecução penal não designa uma garantia, em princípio, do investigado, uma vez que o acordo de não persecução penal exige convergência de vontades, com a cooperação ativa de ambas as partes, caso contrário, haveria um acordo forçado, o que implicaria em uma contradição.

Por outro lado, sob o véis, partindo da premissa que o acordo de não persecução penal expande a preservação dos direitos fundamentais, tais como, privação de liberdade de locomoção se mostra como direito subjetivo do investigado, dessa forma, o Ministério Público não detém opção, tendo em vista que, torna-se imprescindível o uso da proposta quando o investigado preencher os requisitos pautados na lei. Em contrapartida, sob pena de violação a direitos fundamentais, é dever do Estado demonstrar a ausência dos requisitos subjetivos e objetivos permissivos à formulação do acordo de não persecução penal⁹.

Da mesma forma, Martins¹⁰ identifica o acordo de não persecução penal como sendo, ao mesmo tempo, um encargo imposto ao Ministério Público, bem como um direito subjetivo do inculcado, assevera, ainda, que a discricionariedade do Ministério Público é regulada, ou seja, não pode refutar em apresentar a proposta, sem que haja motivo legal, nesse caso, na visão

⁶BRASIL, op. cit, nota 2.

⁷CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 248.

⁸LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*, 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 275-286.

⁹RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões à luz da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/347>>. Acesso em: 12 out. 2021.

¹⁰MARTINS, Jorge Henrique Schaefer; MARTINS, Jorge Henrique Goulart Schaefer. *Acordo de não persecução penal: direito subjetivo do inculcado (?)*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/606249792E726A_ACORDODENAOPERSECUCAOPENAL.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

do autor, antes da recusar ao oferecimento do acordo, deveria dar oportunidade para que o investigado reconheça a sua transgressão e se sujeitar ao cumprimento de condições essenciais à solução da sua questão criminal.

Enquanto a doutrina procura um ponto de equilíbrio entre a interpretação se acordo de não persecução penal constitui um direito subjetivo do investigado ou não, os tribunais superiores se posicionam, expressamente, que o acordo de não persecução penal não seria um direito subjetivo do investigado, mas mero poder/dever do Ministério Público¹¹⁻¹². Os fundamentos estabelecidos nos referidos julgados se repetem quase na sua integralidade. O ministro relator, ao manifestar os seus votos, enfatizou que a Constituição Federal de 1988, mas precisamente no artigo 129, inciso I,¹³ atribuiu, diante do sistema acusatório, ao Ministério Público a função privativa de promover a ação penal pública. Diante dessa vertente, o acordo de não persecução penal surge como um novo instrumento de política criminal, que foi elaborado com o fito de equilibrar a atuação do titular da ação penal. Logo, no entendimento do relator, preenchidos os requisitos plasmados na lei, não seria hipótese de imposição de que o Ministério Público conceda o acordo de não persecução penal, não havendo, portanto, um direito subjetivo do investigado, incumbindo-lhe ao referido órgão decidir entre oferecer denúncia ou em firmar o acordo, Dessa maneira, mesmo quando preenchidos os requisitos descritos no artigo 28-A do Código de Processo Penal¹⁴, não se demonstra apto a concretizá-lo, pois o órgão acusatório, diante da sua discricionariedade, entender que, no caso concreto, a concessão do acordo não se demonstra como fundamental e eficiente à reprovação e precaução de infração penal¹⁵.

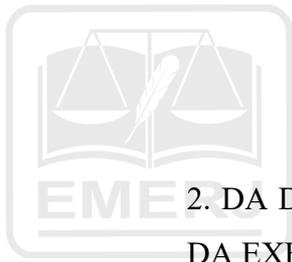
¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 191.124/RO*. Agravante: Leri Souza e Silva. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 08 de abril de 2021. 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755564653>. Acesso em: 12 out. 2021.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 199.892/RS*. Agravante: Sidinei Reis dos Santos. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 17 de maio de 2021. 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755956838>>. Acesso em: 12 out. 2021.

¹³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 12 out. 2021.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 195.327/PR*. Agravante: Nelson Pereira dos Santos. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755564658>. Acesso em: 12 out. 2021.



2. DA DISCUSSÃO SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL EXERCIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL.

O acordo de não persecução penal está sujeito ao controle judicial, que recai sobre dois aspectos fundamentalmente, quais sejam, a voluntariedade do investigado e a legalidade do ato. O juiz aufere a voluntariedade do ato mediante uma oitiva do investigado na presença do seu defensor, neste ato, a lei menciona a necessidade da presença do ministério público. Enquanto o controle da legalidade recai sobre os pressupostos para a celebração do acordo e das condições impostas.

Nos termos do artigo 3º-B, inciso XVII, do Código de Processo Penal¹⁶, a competência para homologar o acordo de não persecução penal seria do juízo das garantias, todavia, o dispositivo tem sua eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

São muitas as reflexões devidas sobre o novel instituto e todas as fases a ele inerentes, sobretudo quanto ao impacto de sua potencial e iminente larga utilização na justiça criminal.

No tocante ao acordo de não persecução penal, cuida-se de modalidade de política criminal despenalizadora que recai sobre a punibilidade do agente¹⁸, impedindo-se a aplicação e consequências de uma sanção estatal penal, enquanto instrumento de justiça negocial, está inserido em um contexto amplo de discussões sobre a execução do acordo perante o juízo de execução penal.

Ao analisar o pedido de homologação do acordo de não persecução penal, o juiz, se considerar inadequadas as condições impostas, insuficientes ou abusivas, pode devolver os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta do acordo¹⁹. De acordo com as inovações trazidas com a Lei nº 13.964/2019²⁰, denominada de “Pacote Anticrime”, conforme disposto no artigo 28-A, §6²¹ do Código de Processo Penal, após a homologação do acordo de não persecução penal, os autos serão encaminhados para o Ministério Público para que tenha início à execução do acordo junto ao juízo de execução penal, sendo essa participação do juízo da execução penal para acompanhar o cumprimento das sanções pactuadas ponto de

¹⁶BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm. Acesso em: 24 fev. 2022.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar Na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf. Acesso em: 24 fev. 2022.

¹⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 256; BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. cit., p. 126.

¹⁹BRASIL, op. cit, nota 1.

²⁰Ibid.

²¹Ibid.

questionamento por parte de doutrinadores.

O ponto de tensão debruça-se pela impossibilidade de um negócio jurídico consensual penal ser fiscalizado por um juízo cuja função precípua é a execução de pena, havendo, assim, uma interpretação incoerente da lei.

Nesse contexto, o referido dispositivo é alvo de constante crítica por doutrinadores, entre os quais Cunha, pois, segundo o entendimento do autor, a Vara de Execuções Penais é atribuída à execução somente de penas e não medidas consensuais decorrente de acordos, ocasionando, assim, um equívoco do legislador ao determinar que a concretização do acordo de não persecução penal se dê no juízo das execuções penais. Aduz que a competência do juízo de execução penal neste caso ter sido um “erro crasso”, o que caracterizaria, além de tudo, desrespeito ao devido processo legal, por esse salto de competência²².

Importante ressaltar, que o acordo de não persecução penal não há uma sanção penal imposta, logo, não pode o Ministério Público executá-la, mas, deve oferecer denúncia e perseguir com a devida condenação, em caso de descumprimento pelo acusado²³.

Nessa perspectiva, Cunha entende que a execução do acordo, bem como sua fiscalização, deveria ser atribuição do Ministério Público, conforme determina a Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público²⁴.

Na mesma linha de entendimento, Bezerra, alega ser equívoco do legislador em conferir a competência ao juízo da execução penal, que possui atribuição, geralmente, “a existência de título executivo judicial consecratório de uma ação penal e consistente em sentença criminal condenatória, que impõe ao infrator pena privativa de liberdade/restritiva de direitos, ou sentença absolutória imprópria²⁵(...)”. Dentro desse contexto, o acordo de não persecução penal, em se tratando de negócio jurídico consensual, em que não há de plano o oferecimento de denúncia, o título executivo gerado é apenas homologatório, e não constitui nem sentença condenatória nem de absolvição imprópria.

Existem, ainda, autores que, entendem que as condições estabelecidas no acordo de não persecução penal seriam como verdadeiras penas criminais, justificando, portanto, a execução perante a Vara de Execução Penal, conforme afirma Franco²⁶:

²²CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 249.

²³SANCHES, Rogério. *Lei de execução Penal*, 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 23.

²⁴Ibid.

²⁵BEZERRA, Hallison Rêgo; SANTOS, Márcio Bittencourt Dutra; DANTAS FILHO, Lucien Borges. Acordo de não persecução penal, procedimento no âmbito do judiciário e seu impacto na distribuição das varas federais. In: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON, Olavo. *Jurisdição criminal: sugestões e análise dos dados do GMF/5R*. Natal: OWL editora Jurídica, 2021. p. 51- 82.

²⁶FRANCO, José Henrique Kaster. *O papel do juiz no acordo de não persecução penal*. In: BEM; MARTINELLI,

[...] A natureza jurídica das sanções previstas no ANPP é de pena, a despeito do nome que a elas se dê (medida, condição, etc.). não se pode ter dúvidas de que a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária sejam, deveras, modalidades de pena, tanto é verdade que aplicadas em razão da prática de um crime e, não bastasse, executadas perante o juízo da execução penal (art. 28-A, §6º, CPP).

Já para Suxberger, o acordo de não persecução penal ventila medidas de responsabilização do investigado, embora aduza que resulta em fixação de medidas semelhantes às penas restritivas de direito. O autor ressalta que não se trata de imposição de pena por decisão judicial, mas sim de medidas aceitas espontaneamente pelo acusado na presença do seu defensor, cujo cumprimento não implica solução de punibilidade do fato criminoso²⁷⁻²⁸.

Posto isso, compreende-se que, diante desse panorama, longe da pretensão de esgotar o assunto, apesar da incoerência do legislador, o acordo de não persecução penal deverá, portanto, ser fiscalizado o cumprimento das premissas ajustadas pelo juiz da vara de execução penal. Caso sejam cumpridas integralmente, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade, conforme previsto no artigo 28-A, § 13, do Código de Processo Penal²⁹

3. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS OCASIONADAS PELO CUMPRIMENTO INTEGRAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Reconhecendo a validade do instituto do acordo de não persecução penal como um dos instrumentos de solução consensual de conflito na esfera criminal, busca-se pormenorizar os reflexos na efetividade após o cumprimento integral de forma a considerar o investigado o maior favorecido diante da observância correta dos referidos deveres impostos, uma vez que o acordo de não persecução penal já é existente no ordenamento jurídico e vem sendo aplicado como uma maneira de reduzir os processos criminais e beneficiar, de certa maneira, o investigado.

Os requisitos essenciais para o cabimento do acordo estão previstos no artigo 28-A, do Código de Processo Penal³⁰. Da leitura do texto normativo, inferem-se, assim, quatro condições

Leonardo Schmitt de, 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 297.

²⁷SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 111-133.

²⁸Ibid.

²⁹BRASIL, op. cit, nota 1.

³⁰BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

que devem ser observadas, quais sejam, não ser o caso de arquivamento; a confissão do investigado; a ausência de violência ou grave na prática do crime; o delito cominar pena mínima inferior a quatro anos. Tais requisitos devem estar presentes de forma cumulativa e taxativa. Observa-se, também, que os requisitos elencados abrangem a maior parte dos delitos descritos no Código Penal Brasileiro, sendo cabíveis, inclusive, nos delitos contra a Administração Pública e nos crimes eleitorais³¹.

No *caput* do artigo citado em comento, o legislador conclui afirmando a necessidade e a suficiência do acordo para a reprovação e prevenção de novos delitos. Segundo Bitencourt³², a prevenção geral diz respeito à sociedade, ou seja, o temor da pena causaria no agente um tipo de motivação para não cometer mais delitos. Já a prevenção especial, segundo entendimento do autor, procura evitar a prática do delito, mas diversamente da prevenção geral, volta-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que ele não volte a delinquir, impedindo-se, portanto, a reincidência.

O acordo será oficializado por escrito, com o comparecimento do membro do Ministério Público, do acusado acompanhado de seu defensor, por meio de advogado constituído ou por meio de patrocínio da Defensoria Pública, bem como necessitará da qualificação completa do acusado, e deverão estar evidenciadas, claramente, todas as condições impostas, assim como os valores pecuniários a serem quitados por ele em favor da vítima³³. A proposta do acordo deve ser favorável para ambos os contratantes, e não somente para o Estado, por meio da atuação do Ministério Público. Com essas ponderações, temos que todas as tratativas devem ser confidenciais³⁴.

Posteriormente a esse ato, realiza-se à confissão formal e circunstanciada do acusado, destaca-se que a confissão caracteriza um dos principais requisitos do acordo. No tocante à confissão Cunha entende que eventual confissão, ainda que circunstanciada, poderá ser tida como “inútil”, diante do lastro probatório colhidos na fase de investigação³⁵. Ato contínuo, o acordo submeterá ao juiz para homologação, a teor do artigo 28-A, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal³⁶.

³¹GOMES, José Jairo; TEIXEIRA, Danielle Torres *Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso*. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325403/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-aplicacao-a-processos-em-curso>. Acesso em: 12 mar 2022.

³²BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

³³BRASIL, op. cit, nota 1.

³⁴LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*, 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 275-286.

³⁵CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 248.

³⁶BRASIL, op. cit, nota 1.

Importante ressaltar, que existe entendimento diverso dessa linha de raciocínio. Nesse ponto, insta salientar o entendimento de Bezerra³⁷ pela desnecessidade da audiência para fins de homologação do acordo de não persecução penal:

[...] Estando o procurador com poderes especiais, uma simples petição informando a adesão seria suficiente para cumprir o requisito. Para esse entendimento, o mencionado Juiz Federal aduz a imensa pauta de audiências, e que não faz sentido que se espere por meses ou anos para uma simples homologação de acordo que não dura mais que cinco minutos.

No caso de o magistrado entender que as condições impostas são insuficientes, inadequadas ou abusivas, reenviará ao Ministério Público, que poderá optar por um das condutas previstas em lei, o inciso V, do artigo 28-A, do Código de Processo Penal³⁸, possibilita que o Ministério Público fixe condições diversas da prevista expressamente no texto legal, sob a condição de que seja proporcional e compatível com a infração penal imputada.

No caso de descumprimento de quaisquer das condições impostas, acarretará em consequências ao investigado, permite-se, assim, ao Ministério Público notificar ao magistrado para que este rescinda o acordo, possibilitando ao órgão acusatório o oferecimento da denúncia, nos termos do artigo 28-A, parágrafo 10, do Código de Processo Penal³⁹, iniciando-se, assim, a persecução penal em face do investigado, com a possibilidade do Ministério Público utilizar o descumprimento do acordo para fundamentar o não oferecimento da suspensão condicional do processo, ainda que o benefício seja cabível ao caso concreto⁴⁰.

Além disso, o descumprimento do acordo pode ensejar o reconhecimento da confissão formal e circunstanciada do investido, podendo até mesmo, ser utilizada como prova para embasar a propositura da ação penal como meio de prova. A vítima será intimada do descumprimento do acordo.

O novel instituto traz uma situação favorável ao acusado ao impedir a instauração de um processo criminal, e ao permitir, uma vez cumpridas as restrições impostas, a decretação da extinção da punibilidade do compromissário⁴¹. Assim, a certidão de antecedentes criminais não constará nenhum registro sobre os fatos tratados no acordo de não persecução penal, por inteligência do artigo 28-A, parágrafo 12, do Código de Processo Penal⁴², uma vez que não o acordo de não persecução penal não possui a natureza jurídica de pena, nem constitui uma

³⁷BEZERRA; SANTOS; DANTAS FILHO, op. cit.

³⁸BRASIL, op. cit, nota 1.

³⁹Ibid.

⁴⁰Ibid.

⁴¹Ibid.

⁴²Ibid.

sanção, mas sim, de um ajuste de obrigações a serem cumpridas⁴³.

Em tal situação, o acordo será levando em consideração para a concessão de outra medida despenalizadora nos cinco anos subsequentes ao cometimento do delito, entende-se que não será possível a aplicação de outro instituto despenalizador dentre este período depurador, como suspensão condicional do processo ou transação penal.

A esse respeito, importante trazer à baila o posicionamento de Lopes Junior⁴⁴ defende que:

[...] Uma vez cumprido integralmente o acordo, o juiz deverá decretar a extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito, exceto o registro para fim de impedir um novo acordo no prazo de cinco anos

Além disso, cabe mencionar que a prescrição não corre enquanto não for cumprindo ou rescindido o acordo de não persecução penal, nos termos do artigo 116, inciso IV, do Código Penal⁴⁵.

A nova realidade jurídica diante da introdução do acordo de não persecução penal deverá impactar na atuação do Poder Judiciário. Assim, vislumbra-se que o acordo de não persecução penal abarca significativa transformação do panorama penal vigente até então no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito de justiça criminal, sofisticando o modelo de justiça penal negociada em observância, principalmente, aos princípios constitucionais e ao devido processo legal.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar o Acordo de Não Persecução Penal, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.946/2019, incluiu o artigo 28-A, do Código de Processo Penal, dada as suas especificidades, como um instrumento da justiça penal negocial brasileira. Buscou-se que, a partir dos apontamentos da doutrina e da jurisprudência, evidenciar que o tema não é unânime e que provoca relevantes discussões.

Verificou-se que a justiça penal consensual sofreu mudanças relevantes, como o Acordo de Não Persecução Penal, objeto da presente pesquisa, que trouxeram ao Direito Penal novos institutos aptos a gerarem a extinção da punibilidade, se devidamente cumprido, sem que

⁴³CUNHA, op. cit, nota 6.

⁴⁴LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 225. ⁴⁵BRASIL. *Código de Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848_compilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

haja consequências jurídicas em sua folha de antecedentes criminais em razão da infração objeto da avença.

A relevância da pesquisa é evidenciada nos direitos que toca. De um lado, tem-se o órgão de acusação estatal, responsável pelo oferecimento da denúncia, sempre que existir justa causa para iniciar a ação penal. Do outro lado, o acusado assistido por seu defensor. O cerne da controvérsia reside na obrigatoriedade ou não do oferecimento do Acordo pelo Ministério Público para todos os acusados que se encontram na mesma situação jurídica.

Denota-se que o Acordo, no que se trata ao direito subjetivo do investigado, segundo entendimento majoritário na jurisprudência, o acusado não terá a certeza de que no seu caso concreto será ofertado o acordo, ainda que presente os requisitos exigidos na lei. Restou demonstrado que o Ministério Público tem a faculdade de ofertar o Acordo, o que é denominado pela doutrina de discricionariedade regrada.

Da conjunção das fontes de conhecimento apresentadas, observa-se que o tratamento dispensado à temática visa conferir segurança jurídica ao acusado, tendo em vista que permite acusado negociar com um órgão acusador estatal.

Para alcançar os fundamentos expostos pela doutrina e jurisprudência, bem como possível solução a problemática apresentada, foi necessário tecer comentários quanto ao surgimento do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico, à divergência quanto a homologação do acordo por um órgão que cuja a função precípua é a execução de pena, o que demonstra uma incoerência lógica, pois, como visto, o Acordo de Não Persecução Penal não ostenta a qualidade de sanção penal, às consequências jurídicas asseguradas ao acusado em caso de cumprimento integral do acordo, sem que houvesse a sua revogação

A pesquisa possibilitou perquirir a homologação do acordo pelo juízo de execução penal, entendeu-se por esta impossibilidade. Outra não seria conclusão não seria acertada, visto que houve uma contraposição de atribuições dada à natureza jurídica do instituto. A incompatibilidade, portanto, impossibilitaria o prosseguimento da homologação do acordo no juízo de execução penal.

Objetivou-se demonstrar que problemática que gira em torno das consequências jurídicas garantidas ao acusado no caso do cumprimento integral do acordo não foge a completude do sistema de justiça consensual, sobretudo na área criminal. Aponta-se que o magistrado, verificando-se o cumprimento dos pressupostos legais pelo acusado, declarará extinta a punibilidade, sem reflexos negativos na sua Ficha de Antecedentes Criminais.

Imperiosa foi a tarefa de compreender os diversos desdobramentos do novel instituto presente no ordenamento jurídico. É certo que o estudo do tema vai além e que sua compreensão

está em evolução dada a sua complexidade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. Leme: Mizuno, 2019.

BEZERRA, Hallison Rêgo; SANTOS, Márcio Bittencourt Dutra; DANTAS FILHO, Lucien Borges. Acordo de não persecução penal, procedimento no âmbito do judiciário e seu impacto na distribuição das varas federais. In: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON, Olavo. *Jurisdição criminal: sugestões e análise dos dados do GMF/5R*. Natal: OWL editora Jurídica, 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019_2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 12 out. 2021.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm>. Acesso em: 12 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 191.124/RO*. Agravante: Leri Souza e Silva. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 08 de abril de 2021. 2021b. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755564653>>. Acesso em: 12 out. 2021.

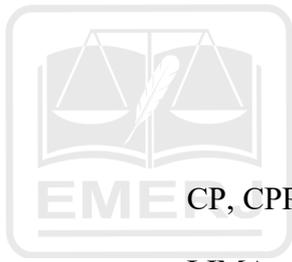
_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 199.892/RS*. Agravante: Sidinei Reis dos Santos. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 17 de maio de 2021. 2021d. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755956838>>. Acesso em: 12 out. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 12 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 195.327/PR*. Agravante: Nelson Pereira dos Santos. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 08 de abril de 2021. 2021c. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755564658>>. Acesso em: 12 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar Na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6.298*. Distrito Federal. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiro E Outros . Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no*



CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único, 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer; MARTINS, Jorge Henrique Goulart Schaefer. *Acordo de não persecução penal*: direito subjetivo do inculgado (?). 2020. Migalhas de Peso. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/606249792E726A_ACORDO_DENAOPERSE_CUCAOPENAL.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões à luz da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/347>. Acesso em: 12 out. 2021.

(IM)POSSIBILIDADE DE USO DA LEGÍTIMA DEFESA EM FAVOR DO BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE

Raquel Moxotó Falcão

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - o presente artigo científico parte do desmembramento da natureza jurídica dúplice do bem jurídico meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em obrigação e direito, para debater as possibilidades do cidadão frente a eventual ilícito ambiental, perquirindo-se sobre a aplicação da excludente de ilicitude da legítima defesa, nos moldes do art. 23 do Código Penal. Levando-se em consideração que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de todos, transindividual e de titularidade difusa, buscou-se responder à indagação sobre se estaria o cidadão comum autorizado pelo ordenamento jurídico à autotutela em caso de agressão injusta, em analogia ao art. 1210, §1º do CC/02. Por fim, analisou-se a possibilidade de um direito administrativo sancionador, com nuances de Direito Penal, como uma provável solução à ineficácia estatal na contenção dos ilícitos ambientais, ante a atual percepção popular de falibilidade do Estado na fiscalização, na cessão dos ilícitos e nas punições aplicadas.

Palavras-chave: Direito Penal. Bens Jurídicos Transindividuais. Direito ao Meio Ambiente. Legítima Defesa.

Sumário: Introdução. 1. Das dificuldades do soerguimento de um bem jurídico transindividual a bem jurídico penalmente tutelado e suas consequências. 2. Da Análise Da Natureza Jurídica Múltipla Do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. 3. Da (não)plausibilidade da legítima defesa em se tratando de agressão ao bem jurídico meio ambiente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico parte do desmembramento da natureza jurídica dúplice do bem jurídico meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) em obrigação e direito. Na busca de debater as possibilidades de no ordenamento jurídico vigente o cidadão ser taxado como garante nos termos do art. 13, §2º, do Código Penal (CP) frente à eventual omissão sua na proteção do meio ambiente, no primeiro caso. Ou, no segundo caso, perquirir sobre a aplicação da excludente de ilicitude da legítima defesa, nos moldes do art. 25, também do CP.

Para tanto, começam-se abordando as posições doutrinárias acerca do tema, com o intuito de delimitar o dever de defesa e preservação do meio ambiente imposto ao cidadão pelo constituinte originário.

Avançando na questão, a segunda parte do artigo tratará especificamente do viés da obrigação contida na natureza dúplice do bem jurídico meio ambiente e em diálogo com a primeira parte do trabalho, buscará responder se é possível a responsabilidade penal daquele que se omite na proteção do meio ambiente. E, no caso de a resposta ser positiva, se seria possível imputar ao cidadão o papel que garante nos termos do art. 13, §2º, I, CP, c/c art. 225. §3º, CRFB/88 levando em consideração os princípios que norteiam as ciências criminais, em especial o princípio da taxatividade e os fins da pena.

Por fim, na terceira parte, levando-se em consideração que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de todos, transindividual e de titularidade difusa, pesquisa-se se, ante ao viés de direito da natureza dúplice do meio ambiente, seria o cidadão autorizado pelo ordenamento jurídico à autotutela em caso de agressão injusta. Em outras palavras, perquire-se sobre a possibilidade de o cidadão agir em legítima defesa do meio ambiente. Debater-se-á também se existe alguma similaridade com a situação do art. 1.210, §1º do Código Civil de 2002, ou se a tipificação poderia ser feita diretamente pela subsunção ao art. 25 do Código Penal.

Destaca-se que a relevância do tema é grande, ante a necessidade reconhecida não só pela CRFB/88, mas também por diversos outros diplomas estrangeiros, de conservação do meio ambiente para que haja possibilidade de vida digna e adequada aos futuros seres humanos.

No Brasil, embora seja possível a identificação de preocupação legislativa sobre o tema, o Estado tem se mostrado ineficaz tanto nas medidas preventivas, quanto nas políticas públicas de repressão, surgindo um espaço em que, sem fiscalização e punição idônea, delitos contra o meio ambiente são praticados e reiterados diariamente. Ao cidadão que acompanha de perto a depredação do ambiente ao qual pertence é necessário saber qual é o seu papel, para, então, poder ser responsabilizado pelos seus atos ou omissões e, nesse sentido, o presente trabalho busca defini-los com maior segurança.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las por meio de argumentação.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto, o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar a sua tese.

1. DAS DIFICULDADES DO SOERGIMENTO DE UM BEM JURÍDICO TRANSINDIVIDUAL A BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Em relação a bens jurídicos transindividuais¹, como o direito ao meio ambiente, para que se defenda que é digno da tutela penal, devem ser afastadas as concepções tradicionais, que defendem um Direito Penal mínimo. Este volta-se à proteção de bens jurídicos individuais, que nasceram do Iluminismo, em época de reconhecimento dos Estados e de valorização de liberdades individuais, em que as relações jurídicas não atingiam a complexidade atual, e até mesmo em que não se reconhecia a importância de direitos coletivos prestacionais, quiçá coletivos.

O Direito Penal, acompanhando as tendências globais de prevenção aos riscos, fruto da própria necessidade nascida no seio social de um maior rigor repressivo às lesões e as às ameaças de lesão a bens jurídicos coletivos, encontra-se em verdadeira expansão². Nesse diapasão, partindo da premissa de plenamente reconhecida da essencialidade do direito ao meio ambiente, em relação à ciência penal, é necessário, contudo, maior rigor ao se erigir um bem jurídico ao *status* de bem jurídico penalmente tutelado.

Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, a sanção penal deve ser a exceção e a liberdade, a regra, de forma que o direito penal seja aplicado de modo fragmentário e subsidiário em apenas alguns bens jurídicos e dentro deles somente nas mais graves lesões ou ameaças de lesões. Afinal, se qualquer bem ou interesse puder ser entendido como bem jurídico penal, não haveria razão de ser ao próprio princípio penal da exclusiva proteção de bens jurídicos (em detrimento de punições pelo ser, ou pela moral), que perderia totalmente a eficácia.

Ou seja, justamente pela evolução que a sociedade naturalmente passa ao longo dos séculos e os novos riscos intrínsecos às novas empreitadas, ela mesmo desenha novos bens

¹ Bens jurídicos coletivos, não-individuais, transindividuais ou supraindividuais são aqueles cuja titularidade não pertence a uma pessoa determinada, como ocorre nos bens jurídicos individuais, que foram os primeiros a serem objeto de tutela penal.

² CALLEGARI, A. L.; ANDRADE, R. L. Sociedade do risco e direito penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 26, p. 115–140, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/21>>. Acesso em: 12 set. 2022.

jurídicos, o que é muito bem explicado por Ivette Senise Ferreira³, quanto ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

[...] na segunda metade do séc. XX, porém novos problemas vieram solicitar a atenção do ordenamento jurídico pela constatação de uma progressiva degradação, e por vezes destruição, do meio ambiente, aliada à previsão das consequências catastróficas que isso acarreta para a vida do homem e dos outros seres da natureza, devendo ser por todos os meios obstada para a garantir sobrevivência da própria humanidade. O Direito Penal, parte integrante desse ordenamento jurídico, não pode assim deixar de oferecer a sua contribuição para essa missão salvadora, justificando-se a sua intervenção não somente pela gravidade do problema e pela sua universalidade, mas também porque o direito ao meio ambiente, na sua moderna concepção, insere-se entre os direitos fundamentais do homem, os quais incubem tradicionalmente ao direito penal defender, como última *ratio*.

Embora haja muita controvérsia doutrinária acerca de uma conceituação de bem jurídico penalmente tutelado, adota-se, no presente o artigo, o conceito elaborado pelo Professor Claus Roxin⁴:

[...] deve-se entender por bens jurídicos todos aqueles dados ou finalidades necessárias para o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sob essas bases”. Dessa forma, por todos os argumentos expostos, é indubitável que o direito ao meio ambiente é um bem jurídico penal plenamente legítimo.

Ademais, é possível seguramente afirmar que o ordenamento jurídico pátrio, pela própria CRFB/88, reconheceu o meio ambiente como bem jurídico penalmente tutelado, pois traz no §3º do art. 225 um mandato de criminalização explícito ao prever sanções penais às condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Dessa maneira, vê-se que o próprio constituinte originário estabeleceu o meio ambiente como merecedor da tutela penal, negando, assim, espaço a apegos clássicos e intermediários de um direito de intervenção – que é, em síntese, uma corrente situada entre direito penal e administrativo –, consignando a necessidade de o legislador proceder a neocriminalização. Conforme os ensinamentos de Gianpaolo Poggio Smanio⁵, calcam-se no reconhecimento da dignidade penal – decorrente da lesividade de condutas socialmente danosas – e da carência da tutela penal – necessidade do direito penal como único meio eficaz de proteção do ordenamento jurídico ante um problema político criminal, de reiteradas violências ambientais.

³ FERREIRA, Ivete Senise. *A tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 12.

⁴ ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 291-340, 2012.

⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/0649z5.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2021

Portanto, embora haja uma maior dificuldade na conceituação do próprio objeto do bem jurídico penal, em se tratando do direito ao meio ambiente, de certo não ofende à taxatividade que é necessária para tipificação de bens. Dessa forma, pode-se dizer que o direito penal contemporâneo se adequou aos anseios sociais e, tão possível quanto desejável, à tipificação de condutas que maculem o meio ambiente. Nesse sentido, Fernando Galvão⁶:

A proposta penal democrática, que pretende ir além dos marcos estabelecidos por suas dimensões liberal e social, constitui um processo contínuo e inacabado de legitimação da intervenção punitiva no acordo popular. Desde a definição do objeto da tutela até a identificação da conduta que o ofende, o Direito Penal deve encontrar legitimação no projeto humanitário, solidário e democrático de convivência social. (...) No paradigma do Estado (Constitucional e) Democrático de Direito, pretende-se conjugar os limites formais e substanciais *para a intervenção punitiva com os comandos incriminadores que obrigam o Estado a tutelar os direitos fundamentais, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, inciso I, da Constituição da República).

Assim, assumindo o papel de bem jurídico na seara penal, as principais consequências do bem jurídico seriam, segundo ensina a professora Ana Paula Vieira de Carvalho⁷: 1) a função de garantia; 2) função individualizadora da lesão; 3) função sistemática; e, por fim, 4) a função teleológica, que é a que interessa ao presente estudo e que busca compreender o sentido e o alcance de um determinado tipo, orientando sua interpretação.

2. DA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA MÚLTIPLA DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), conhecida como Constituição Cidadã, é notória pelo seu conteúdo vasto, que leva a doutrina de forma unânime a classificá-la como uma constituição analítica. Nesse sentido, Paulo Bonavides⁸ ensina:

[...] as Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente de duas causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislação sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social.

⁶ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 127-148.

⁷ Paráfrase de aula assistida na EMERJ ministrada pela professora Ana Paula Vieira de Carvalho, no ano de 2021.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 74.

Formada em meio à conflituosidade inerente à ruptura de uma transição de um regime ditatorial para a instauração de uma democracia, foi o primeiro instrumento no ordenamento jurídico brasileiro a de fato erigir o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental⁹, seguindo as diretrizes balizadas na Conferência de Estocolmo Sobre o Meio Ambiente Humano de 1972.

Segundo José Afonso da Silva¹⁰, “[...] a Declaração de Estocolmo abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do Homem [...]”.

Assim, seguindo a linha antropocêntrica majoritária à época, previu o direito ao meio ambiente na cabeça do art. 225 da CRFB/88¹¹:

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.

Da leitura literal do supracitado artigo, já é possível observar a complexidade envolvida em seu estudo.

O constituinte originário, como dito, primariamente o enuncia como um direito de todos, o que denota sua universalidade e sua transindividualidade¹², já que são titulares pessoas intermináveis, possuindo, portanto, precipuamente uma natureza difusa. Depois, o classifica como bem de uso comum do povo – aqueles os quais não são necessários autorização estatal para o gozo. Em seguida, estipula o dever de proteção ao Poder Público e à sociedade, visando a proteção de outro direito, qual seja o direito à vida digna das gerações futuras.

Nesse sentido, ao STF ao julgar a ADI 3540/DF¹³ consignou:

[...] Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade,

⁹ A lei federal n. 938/1981 foi a primeira a tratar do direito ambiental no Brasil. No entanto, de sua leitura extrai-se que o viés dado pelo legislador foi o econômico e não de preservação ambiental, como inaugurado pela CFBR/88.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹² Nesse sentido, há inúmeras decisões do STJ e do STF reconhecendo ao meio ambiente a sua titularidade coletiva. A título de exemplo, destaca-se o *leading case*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 22.164/SP*. Relator Min. Celso de Mello, DJ 17.11.1995.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3540/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em 12 out. 2022.

a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual.

Dessa forma, em poucas linhas, pode-se depreender da Constituição que o direito ao meio ambiente é de todos os seres humanos, caracterizando-se também como direito intergeracional. Ademais, embora advindo de uma respectiva de solidariedade social, é indubitavelmente compatível com as noções individuais kantianas da própria necessidade de se olhar o homem como um fim em si mesmo e, portanto, vai ao encontro da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, o meio ambiente influi tanto nas condições quanto na possibilidade de fruição da vida. Constituindo, dessa maneira, um direito subjetivo de todos os indivíduos e uma obrigação frente aos seus pares e às futuras gerações.

Embora seja possível notar com certa facilidade a essencialidade da preservação do meio ambiente como condição de uma vida digna ao ser humano, por se tratar, como já brevemente explanado, de interesse coletivo *lato sensu*¹⁴, traz em seu âmago uma conflituosidade variante, pois há diversos titulares, com características heterogêneas e interesses diversos que com ele se relacionam, e que pugnam por uma maior ou menor proteção em face a outros direitos fundamentais, como ensina Edilson Vitorelli¹⁵.

A conflituosidade que envolve a temática é própria da sociedade de risco, em que as evoluções e demandas advindas do capitalismo e da própria globalização culminaram na massificação das relações sociais e produtivas que necessitam de insumos e matéria-prima para perpetuação da sua lógica. Assim, observa-se a degradação crescente, reiterada e contínua do meio ambiente¹⁶, em dimensões nas quais as consequências escapam o atual saber da ciência.

¹⁴ Aqui é necessário fazer uma crítica. Embora se defenda o direito ao meio ambiente como um direito tipicamente difuso na perspectiva formal, a depender do caso concreto, ele poderá materialmente ganhar diferentes nuances, de um direito coletivo ou até mesmo transindividual, de acordo com a intensidade da lesão perpetrada à esfera individual das pessoas que sofreram os reflexos e com a providência que essas demandaram do Estado. Nesse sentido [...] assim, se as lesões difusas e coletivas não são indivisíveis, porque não são experimentadas da mesma forma, por todas as pessoas, não existe, desse ponto de vista, diferença entre os direitos difusos e coletivos, de um lado, e os individuais homogêneos, de outro. Todo litígio que envolve uma sociedade tem um aspecto coletivo, repercutindo sobre aquela organização social, mas também tem uma dimensão individual, pertinente a cada um de seus integrantes. [...] VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 77, jul./set. 2020. Disponível em <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁵ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 77, jul./set. 2020. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁶ Como exemplos, citam-se os desastres ambientais nas barragens em Mariana (2015) e Brumadinho (2018), os derramamentos de óleo que assolaram o litoral do Nordeste e Sudeste em 2019 e o recente incêndio que destruiu mais de 25% da área do Pantanal em 2020.

Cabe destacar que um dos fins precípuos do Direito Penal, senão o mais importante, é o da prevenção, que coincide com o direito ambiental que a tem a prevenção com um dos seus pilares. Dessa união de prevenções, nasce o direito penal ambiental, calcado na ideia de que o meio ambiente é um bem jurídico penalmente tutelado.

Combatidas as questões que permeiam a natureza do direito ao meio ambiente e o seu reconhecimento como um direito difuso transindividual penalmente tutelado, far-se-á um recorte em relação a duas questões pouco estudadas na doutrina e que por terem o condão de repercutir na esfera da liberdade individual dos indivíduos se faz necessária a elucidação, quais sejam: I) a possibilidade ou não de se falar em um dever específico do cidadão de proteção ao meio ambiente à configurar omissões impróprias; e, II) a possibilidade ou não do cidadão agir em legítima defesa do meio ambiente.

Quanto à primeira pergunta, não há maior complexidade. Esclareça-se que a hipótese versada trata da proteção ao meio ambiente como um dever nos moldes do art. 14, §2º do Código Penal. De fato, embora haja a previsão expressa da proteção ao meio ambiente como um dever pela Constituição, bem como se possa falar em um mandado de criminalização constitucional, a leitura constitucional não deve ser feita em apertes, mas sim em conjunto e de forma sistemática. Assim, não se pode esquecer que não há crime nem pena sem lei, conforme enuncia o art. 5º, em um dos seus principais direitos fundamentais em matéria penal. Portanto, é necessário que haja lei, em sentido estrito, lei ordinária, faltando à Constituição Federal a taxatividade necessária à incriminação penal direta.

Quanto à segunda indagação, ainda se faz necessário maior aporte doutrinário para a resposta. A partir daí, chega-se à principal questão do presente trabalho: reconhecendo que a dogmática penal se aplica a bens transindividuais, como o meio ambiente, indaga-se se seria possível ou não defender a tese da legítima defesa ao indivíduo que age para repelir injusta agressão imediata ao meio ambiente.

3. DA (NÃO)PLAUSIBILIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA EM SE TRATANDO DE AGRESSÃO AO BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE

Questão interessante e que ganha relevo com o reconhecimento do meio ambiente como bem jurídico digno de tutela penal é a possibilidade de que um indivíduo, diante de situação em que o meio ambiente está sendo agredido, tem a possibilidade de, com sua ação, fazer cessar o dano. Indaga-se se tal postura estaria de acordo com o ordenamento jurídico, de modo a caracterizar a excludente de ilicitude da legítima defesa, ou não passaria de uma

subsunção ao crime de exercício arbitrário das próprias razões, descrito pelo Código Penal em seu artigo 346.

Em breve digressão histórica, pela teoria contratualista, partindo-se de um viés hobbesiano¹⁷, tem-se que o Estado Moderno surge da necessidade social de proteção, pois, no ambiente aborígine, cada indivíduo utilizava de sua força para subjugar o mais fraco. Nesse contexto, todos gozavam de plena liberdade, mas não havia tranquilidade social e não havia estabilização das situações¹⁸.

O Estado surge justamente do contrato social, em que os indivíduos de um certo território renunciam de parcela de sua plena liberdade para aderir a um Estado que seria um somatório dessas liberdades que, por sua vez, seria o único legitimado ao uso da violência e somente para proteção dos seus integrantes.

Trocou-se, portanto, a liberdade individual pela paz social por meio da criação da ficção jurídica do Estado, cujo principal instrumento de controle social é a lei. Nesse sentido, Hobbes¹⁹ explica:

[...] a finalidade das leis não é outra senão essa restrição, sem a qual não será possível haver paz. E a lei não foi trazida ao mundo para nada mais senão liminar a liberdade natural dos individuais, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar dano uns aos outros[...].

Por essa razão, até os dias de hoje, falar em violência como resposta à violência remonta a povos pouco civilizados e é o que caracteriza justamente o tipo penal de exercício arbitrário das próprias razões, em que o sujeito tem um direito legítimo, assegurado pelo Estado, no entanto, quebra o pacto social e merece punição.

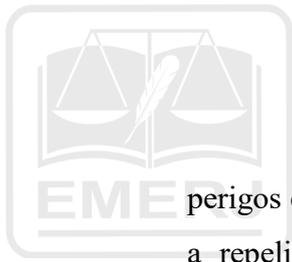
Nesse Estado, a legítima defesa, por óbvio, é excepcional, pois retira o poder de polícia do Estado, transferindo-o para o cidadão vítima na situação em concreto. É importante ressaltar que o pressuposto básico é que a agressão seja injusta, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico.

Ademais, o reconhecimento de que, por mais que o Estado exista para assegurar a paz social, a realidade demonstra que não é possível faticamente que seus agentes estejam presentes em todos os locais, realizando a proteção integral de todos em relação a todos

¹⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nilza da Silva. 1ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção “Os pensadores”).

¹⁸ MATTOS DA SILVA, Delmo. Hobbes e o contrato como fundamento do Estado Moderno. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 76, abr./jun.2020. P. 233. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904650/Delmo_Mattos.pdf> Acesso em: 12 set. 2022.

¹⁹ HOBBS, op. cit. p. 167.



perigos e agressões possíveis²⁰, legítima que ante a agressão atual ou iminente, o agente possa a repelir. Destaca-se que, além da impossibilidade jurídica da proteção estatal naquele momento da agressão injusta, há o requisito de que os meios utilizados sejam os necessários à sua cessação.

Mais uma vez, reforça-se a excepcionalidade da transferência desse poder de polícia, do uso da violência ao cidadão. A legislação brasileira, de forma sintética, agasalha todos os elementos ora esmiuçados em seu art. 25 do Código Penal²¹:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Vide ADPF 779)
Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vide ADPF 779)

O supracitado artigo *in fine* ressalta que a legítima defesa é voltada à proteção de direito próprio da vítima ou de direito de terceiro. No entanto, não traz parâmetros de quais categorias de direitos estariam agasalhadas pela proteção da legítima defesa, o que atualmente leva muitos autores a afirmarem que não há limitações aos direitos passíveis de legítima defesa²².

Nesse diapasão, buscando-se responder sobre a possibilidade de que o meio ambiente seja alvo dessa proteção, há no ordenamento jurídico um instituto jurídico, cuja natureza jurídica em muito se assemelha à legítima defesa do art. 25 do Código Penal. Porém, ganhou destaque próprio na legislação privada, sendo possível traçar um paralelo com o art. 1.210, §1º do Código Civil²³, que prevê:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.
§1º. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

²⁰ Nesse sentido, destaca-se a existência do próprio Direito Penal que, em seu viés preventivo, busca evitar a prática do delito, bem como o viés repressivo, no qual aplica a sanção penal, reafirmando o caráter antijurídico do fato.

²¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2022.

²² Entretanto, atualmente, em ponderação com a dignidade da pessoa humana da vítima, o STF sinalizou postura contrária à assertiva, definindo a impossibilidade de alegação de legítima defesa da honra como forma de atenuação da pena.

²³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2022.

Da leitura do supracitado artigo, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro permite a legítima defesa da posse de propriedade privada. O artigo em questão é uma excludente de ilicitude, com natureza jurídica de legítima defesa, pois é possível dele destacar o ato ilícito – turbação ou esbulho –, o perigo atual ou iminente – faça logo – e a proporcionalidade dos meios de contenção – não podem ir além do indispensável.

Dessa forma, pode-se considerar tal artigo como um prenúncio favorável à alegação de uma existência de legítima defesa do meio ambiente, pois axiologicamente a posse privada de um indivíduo ou grupo de indivíduos teria uma menor relevância do que um direito coletivo como o meio ambiente. No entanto, é bem sabido que direitos fundamentais, tais como propriedade, a posse com função social, têm o viés notoriamente individual e falar-se em “posse coletiva do meio ambiente” também acaba sendo termo impróprio, já que ninguém, de fato, a detém, ante a amplitude do próprio direito.

Nesse ponto da discussão, traz-se um exemplo hipotético para que se possa ir mais a fundo na investigação: se A, morador de condomínio de casas na Barra da Tijuca, vizinho de B, observa que este está no próprio quintal acedendo o fogaréu de um balão. Poderia A invadir o domicílio de B e destruir o balão? Essa conduta estaria agasalhada pela legítima defesa? E no caso de C que testemunha recorrentemente um despejo irregular pela empresa D no Rio Guandu, é possível?

No primeiro caso, trata-se da iminência do ilícito do art. 42²⁴ da Lei n.º 9.605-1988. Nesse caso, embora em um primeiro momento possa-se tender a achar que o agente atua em legítima defesa, efetivamente pergunta-se: de quem? E a transindividualidade não permite responder, pois, como já discutido, o Direito Penal encontra-se em fase de adaptação às novas realidades que o reconhecimento de novos bens jurídicos coletivos trouxe e que necessitam de uma efetiva abordagem pelo legislador, ante a necessidade de respeito ao princípio da legalidade, basilar.

Entretanto, é possível solucionar tal questão por meio do instituto do flagrante, que permite a qualquer do povo a cessação do ato ilícito, com a comunicação à autoridade policial. Quanto ao segundo caso, também parece ser possível afirmar que o Estado de flagrância se perpetua, em razão da perpetuação do crime de despejo irregular de esgoto²⁵.

Dessa forma, ante a excepcionalidade da legítima defesa e as dificuldades de compatibilização do Direito Penal de viés individual, para responder a crimes contra bens

²⁴ BRASIL. *Lei n.º 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 24 mar. 2022.

²⁵ *Ibidem*.



jurídicos coletivos ou de titularidade transindividual, parece que a própria Constituição traz em seu bojo a resposta legítima e amparada pelo Estado: “Art. 5º. XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”²⁶.

Assim, a utilização do flagrante por qualquer do povo parece ser mais do que suficiente e medida que melhor se adequa ao que legitimamente se espera como uma atitude de um homem médio.

CONCLUSÃO

Há notícias de diversos ilícitos sendo perpetrados atualmente contra o meio ambiente todos os dias. Embora, seja possível a identificação de preocupação legislativa sobre o tema, o Estado tem se mostrado ineficaz tanto nas medidas preventivas, quanto nas políticas públicas de repressão. Surgindo, por conseguinte, um espaço em que, sem fiscalização e punição idônea, delitos contra o meio ambiente são praticados e reiterados diariamente. Ao cidadão que acompanha de perto a depredação do ambiente ao qual pertence, é necessário saber qual é o seu papel para então poder ser responsabilizado pelos seus atos ou omissões e, nesse sentido, o presente trabalho buscou defini-los com maior segurança.

Perquiriu-se sobre a construção de uma tese de autorizativa aos cidadãos a atuarem em legítima defesa do meio ambiente em situações de agressão atual ao meio ambiente, de forma proporcional, sem que a eles sejam imputados, no mínimo, o crime de exercício arbitrário das próprias razões.

No entanto, ao longo da pesquisa, consignou-se que, embora haja previsão relativa à legítima defesa relacionada à posse privada no art. 1.210, §1º do CC/02 e por mais que axiologicamente o meio ambiente, por ser um bem jurídico coletivo, direito das gerações presentes e futuras, meio necessário para fruição da vida, a lacuna legislativa não permite aplicação da analogia, por se tratar de situação excepcional. Portanto, a interpretação da lei deve se dar de maneira restritiva, não podendo essa hipótese dar azo à atuação legítima do cidadão em um Estado Democrático de Direito.

Quanto à aplicação direta do art. 23 do Código Penal, também não parece ser a solução mais adequada ao tratamento do tema, justamente pelas bases principiológicas de sua

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2022.

criação terem indissociáveis relações com a proteção de bens jurídicos individuais, o que, como visto, por vezes impossibilita a compatibilização do instituto.

Indagou-se se um terceiro observador estaria obrigado a assistir à depredação ambiental ou se seria lícito a ele agir com as devidas proporções e fazer cessar a agressão injusta e atual. A conclusão a que se chegou é que não é necessária aplicação da legítima defesa ante a possibilidade jurídica expressa do flagrante por qualquer pessoa do povo, conferido um exercício regular de direito àquele que age no intuito de cessar a conduta criminosa, paralisando o ofensor e preservando o bem jurídico. Mas cabe ao defensor sempre acionar as autoridades policiais e agir com a boa-fé e proporcionalidade que se espera de um homem médio.

Nesse sentido, é certo que a vida humana tem se tornado cada vez mais complexa e com problemáticas antes inimagináveis, sendo apelidada de “sociedade de riscos”. Acompanhando tal paradigma, o Estado está sempre um passo atrás da roda na modernidade líquida, enfrentando ainda questões controvertidas de outros séculos.

Porém, ainda que haja uma descredibilidade das instituições, é necessário pensar em novas modalidades de direito.

Nesse diapasão, o direito de intervenção é uma possibilidade plausível, pois traz as nuances de um direito administrativo sancionador com o adicional de consequências mais gravosas a possibilitar a celeridade necessária para o enfrentamento dos crimes ambientais. Tal celeridade é típica característica do processo administrativo, em que há especialidade e eficácia como tônicas, sem, contudo, descuidar das prerrogativas e dos direitos fundamentais de qualquer pessoa que venha a ser julgada culpada de um ilícito, o que já é imposto pela leitura neoconstitucionalista do direito, sem esquecer também do sempre possível acionamento da jurisdição, como uma alternativa final a qualquer eventual injustiça.

Portanto, conclui-se que, ao se expandir o leque das possibilidades do direito, no que tange às melhores práticas de proteção ao meio ambiente, há que se romper os paradigmas clássicos de cisão entre sanções administrativas e sanções penais, possibilitando uma maior proteção ao meio ambiente com menos necessidades de observância das garantias – ressaltando-se, porém, as mínimas -, de maneira a municiar o Estado técnicas de eficazes na entrega da proteção ambiental, aclamada pelos seres humanos que desejam viver e os que ainda estão por vir, em um paralelo com a terceira velocidade da teoria das velocidades, por exemplo.

Dessa forma, enquanto houver o mínimo de resquícios de democracia na política brasileira, haverá esperança de que os anseios populares sejam representados e de que novas



formas de legislar, imponham novas formas de administração, fiscalização e punição dos ilícitos de viés transindividual. O que não se pode admitir jamais é o retrocesso decorrente da justiça com as próprias mãos, como forma de responder o abuso de direito com abuso de direito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 74.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

CALLEGARI, A. L.; ANDRADE, R. L. *Sociedade do risco e direito penal*. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 115–140, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/21>. Acesso em: 12 set. 2022.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 11. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Ivete Senise. *A tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 13. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. (LEV). Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nilza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção “Os pensadores”).

MATTOS DA SILVA, Delmo. *Hobbes e o contrato como fundamento do Estado Moderno*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n° 76, abr./jun.2020. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904650/Delmo_Mattos.pdf> Acesso em: 12 set. 2022.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. V. 1. São Paulo: RT, 2012.



ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 922, p. 291-340.

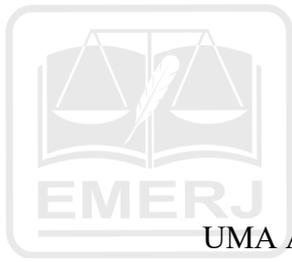
SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, in *Série As Ciências Criminais do Século XXI*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.11, Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002, p.57

SILVA. José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. Página 56.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/0649z5.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2021

TRINDADE, Patrick Juliano Casagrande. *Da Possibilidade Da Legítima Defesa Do Meio Ambiente*. Disponível em: <<https://patrickcasagrande.com.br/wp-content/uploads/2017/03/ARTIGO-OFICIAL-UIT-DA-POSSIBILIDADE-DA-LEG%C3%8DTIMA-DEFESA-DO-MEIO-AMBIENTE-2.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

VITORELLI. Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 77, jul./set. 2020. Disponível em < https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.



A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE NEGOCIAÇÃO NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DOS LIMITES PRINCIPOLÓGICOS

Renata Reche Borel

Graduada pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro (UFRJ).
Advogada.

Resumo – a Lei nº 13.964/2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, positivou o instituto antes tratado em Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público para expressamente prever o Acordo de Não Persecução Penal no âmbito do Processo Penal, mas deixou controvérsias acerca da viabilidade deste mecanismo da justiça negocial quando confrontado com princípios constitucionais e legais. Nesse sentido, surgiram relevantes controvérsias quanto à forma mais adequada de interpretação do instrumento negocial, dado o devido processo legal que permeia o ordenamento jurídico. No presente trabalho, visa-se à análise das particularidades do Acordo e das controvérsias que o permeiam, com a finalidade precípua de sustentar a harmonia de todo o conjunto normativo em vigor. Para tanto, defende-se a análise casuística do art. 28-A da referida Lei com o restante do Ordenamento, de maneira a restringir o alcance da nova norma, no que couber, mas também a manter resguardados os fundamentos legais e constitucionais do Direito Processual Penal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Justiça negocial. Acordo de não persecução penal. Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Devido processo legal.

Sumário – Introdução. 1. Tendência mundial? A evolução do instituto da justiça penal negocial no Brasil e sua força diante do cenário global. 2. A previsão trazida pela Lei nº 13.964/2019 perante o ordenamento processual penal brasileiro atual - o art. 28-A do Código de Processo Penal e seus principais aspectos. 3. Viabilidade do Acordo de Não Persecução Penal como meio alternativo à solução célere da lide penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as possibilidades, bem como as limitações da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, modelo de justiça negocial, no ordenamento jurídico processual penal brasileiro. Sendo assim, procura-se demonstrar os aspectos positivos e negativos ao ampliar-se os espaços de negociação como instrumento de política criminal e mecanismo de resolução pacífica da lide processual.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema, com foco no Acordo de Não Persecução Penal, um dos mais novos institutos da justiça penal negocial; bem como ponderam-se alguns princípios constitucionais e processuais penais de modo a analisar as consequências da inserção do Acordo na teoria, quando confrontado com diretrizes há muito

enraizadas no ordenamento e na prática, quando aplicado ao dia a dia do Processo Penal brasileiro.

A Constituição Federal e o Código de Processo Penal estabelecem direitos e garantias processuais aos acusados. A justiça negocial penal, no entanto, subverte determinados ditames do processo a fim de um resultado célere e positivo, o que nos leva às seguintes reflexões: é possível limitar a expansão dos espaços de negociação admitidos pelo ordenamento jurídico, sem prejuízo aos axiomas principiológicos já consolidados pelo Processo Penal brasileiro? E quais são os argumentos negacionistas e justificacionistas para a ampliação da justiça negocial através do Acordo de Não Persecução Penal?

O tema é controvertido na doutrina e merece atenção, pois trata-se de uma discussão atual, reavivada pela Lei nº 13.964/2019, e que atinge a sociedade. Isso porque, na medida em que a justiça penal negocial visa, dentre outros, desafogar o Judiciário tornando-o mais célere, o que provém de um sistema processual penal eficiente merece atenção da população, cabendo aos juristas fomentar o debate e enriquecer o arcabouço de ideias e posicionamentos sobre o assunto.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “*plea bargaining*”, modelo estadunidense que corresponde a um dos principais expoentes da justiça penal negocial mundial e inspiração para os demais. Entretanto, apesar de sua fama como instrumento negocial, também sofre críticas pela falta de limites.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando uma pequena evolução histórica da justiça penal negocial, ressaltando os fatores que vêm impulsionando a resolução alternativa de conflitos a tornar-se uma tendência inevitável no cenário mundial.

No segundo capítulo, a pesquisa procurou contextualizar o Acordo de Não Persecução Penal como recente instituto da justiça penal negocial, trazendo seu procedimento e requisitos de aplicação.

No terceiro capítulo, o estudo volta-se totalmente a análise da viabilidade do Acordo de Não Persecução Penal, compreendendo os desafios de sua aplicabilidade, sobretudo aqueles impostos por parte da doutrina e levando em consideração os preceitos constitucionais da proteção as garantias do cidadão.

A pesquisa é desenvolvida pelo método exploratório, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, com a ajuda de bibliografia básica, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

Dessa forma, o presente trabalho possui como objetivo geral analisar a justiça penal negocial como um meio que pode amenizar a demanda de processos criminais, trazendo resultados positivos e mais céleres, sem deixar de levar em consideração todo o debate por trás de tal instituto, problematizando as possíveis inconsistências.

1. TENDÊNCIA MUNDIAL? A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO BRASIL E SUA FORÇA DIANTE DO CENÁRIO GLOBAL

No mundo não é novidade, o modelo de justiça negocial atual tem origem no direito dos Estados Unidos da América e se expandiu pelo direito do mundo ocidental durante o século XX, mesmo que tenha iniciado na prática para só ser positivado posteriormente.¹

O Direito Penal ampliou seu objeto de tutela desde o século XX e continua com esse movimento nas primeiras décadas do século XXI, isso significa dizer que vem acontecendo um transpasse nas barreiras da intervenção mínima do Estado. A expansão do direito penal pode ser entendida como o crescimento da tutela penal em relação aos bens jurídicos que antes só eram tutelados pela esfera civil e administrativa, para exemplificar pode-se citar crimes ambientais ou contra a ordem tributária.² Trata-se de fenômeno denominado como administrativização do Direito Penal.

Entretanto, essa ampliação do Direito Penal acaba conflitando com a ideia de intervenção mínima, predominante no Direito Penal clássico.

Preconiza Cezar Bitencourt³:

[...] o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*⁴, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento

¹ SILVA, Sara Mossmann da. *Tendências e perspectivas do direito penal em face do acordo de não persecução penal*. 2021. 81 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

² GOMES FILHO, Dermeval Farias; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v.13, n.1, 2016, p. 378-379.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 26. ed. V.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2015, p. 54.

⁴ Expressão utilizada por Claus Roxin em sua obra. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 2006, p. 65.

da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais.

Nesse sentido, cabe o questionamento: o Direito Penal, com suas garantias tradicionais, pode combater a criminalidade com eficiência? Aos auspícios de Silva Sánchez, a resposta é negativa. Para ele, não há dúvida de que o Direito Penal clássico de base liberal não detém capacidade para combater o fenômeno da macrocriminalidade.⁵

Entretanto, a *contrario sensu*, a expansão do Direito Penal acabou acontecendo em ritmo crescente, sendo que a Europa e a América não ficaram de fora dessa realidade⁶. Apesar das críticas, os reflexos da ampliação podem ser vistos perfeitamente hoje em dia com as diversas normas que tipificam condutas de perigo abstrato e outras tantas que protegem bens jurídicos coletivos.

Com isso, surge-se o questionamento: como seria possível atender à crescente demanda criminal para assim tentar evitar o colapso do sistema processual? E foi dessa maneira, a partir da segunda metade do século XX, que a Justiça Penal Negocial ganhou espaço, visando alterar os espaços de conflito por espaços de consenso, acompanhando o desenvolvimento da criminalidade moderna e propondo novos métodos de combate.⁷

O fato é que mesmo com toda a evolução da produção legislativa e da jurisprudência nesse sentido, inegável que o Código de Processo Penal brasileiro vigente ainda está atrelado às suas concepções tradicionais, estando muito mais para a Justiça Penal Retributiva do que para uma Justiça Penal Restaurativa que é mais ajustada ao direito penal negocial.

Dessa maneira, mister faz-se explanar os motivos incentivadores da criação da Lei nº 9.099 de 1995⁸, que regulamenta os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, marco da previsão dos primeiros mecanismos de aplicação da justiça penal negocial no país.

Um dos fatores é, sem dúvidas, a preocupação com a superlotação dos estabelecimentos prisionais que, em meados da década de 80, tomou proporções internacionais, mobilizando os países a discutirem sobre possíveis soluções ao encarceramento em massa, possibilitando um tratamento mais digno ao encarcerado.

⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

⁶ FARIA, Juan Danker Rocha. *Justiça Penal Negocial: o acordo de não persecução penal, uma análise do instituto*. 2020. 55 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2020.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 13 out. 2021.

Como produto do debate, foram criadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade – Regras de Tóquio⁹, com o intuito de estabelecer diretrizes para se evitar o aumento do encarceramento.

As aludidas recomendações estabeleceram caminhos a serem tomados para se combater todas as dificuldades mencionadas e diversas outras existentes, e para isso orientou os Estados-membros a tomarem iniciativas desde a fase pré-processual até a execução da pena, evitando-se a imposição de medidas privativas de liberdade, tendo a justiça penal negocial importante atuação nesse sentido.

No Brasil, como no resto do mundo, são enfrentados os mesmos obstáculos. Nesta feita, visando solucionar esse imbróglio, e inspirado pelas Regras de Tóquio, o Poder Legislativo decidiu inovar ainda na década de 1990 a maneira de se encarar o processo penal no país¹⁰.

A Lei nº 9.099/95¹¹, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no Brasil, é um grande reflexo do que as Regras de Tóquio orientam, como a criação de medidas descarcerizadoras e a previsão legal de um procedimento criminal mais simplificado. Ademais, merece ser ressaltada também a Lei nº 9.714/98¹² que ampliou a estipulação das penas restritivas de direito.

Com essas inovações, o Brasil aderiu a um movimento de aplicação do consenso no processo penal, já bem relevantes em âmbito mundial, a exemplo do *plea bargaining* nos Estados Unidos que, segundo Vasconcellos¹³, é uma regra absoluta. Aponta-se que em 1925, cerca de 90% das sentenças condenatórias se fundamentavam no *guilty plea*, que se trata de uma confissão de culpa do acusado, recebendo uma sentença mais branda do que receberia se passasse por toda persecução penal. Em 2013, Dervan e Edkins afirmaram que aproximadamente 97% das condenações na Justiça Federal nos EUA se davam com base em acordos com reconhecimento de culpabilidade.

⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Tóquio*: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. p. 22 Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regrasdetoquio.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95. São Paulo: RT, 2002, p. 31.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹² BRASIL. *Lei nº 9.714*, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19714.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCRIM, 2015, p. 154.



No Brasil, os mecanismos que caracterizam a justiça penal negocial brasileira são recentes e vêm sendo recepcionados de modo exponencial, exemplo é a criação do Acordo de Não Persecução Penal, trazido pela Lei nº 13.964/2019¹⁴.

2. A PREVISÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.964/2019 PERANTE O ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ATUAL - O ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

O acordo de não persecução penal (ANPP), recentemente trazido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019¹⁵, instituindo o art. 28-A, positivou aquilo que estava previsto pioneiramente na Resolução nº 181/2017¹⁶, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), posteriormente alterada pela Resolução nº 183/2018¹⁷.

Anteriormente à previsão legislativa, por se tratar de resolução interna do órgão, sua aplicação era condicionada à discricionariedade do Promotor. A previsão do Acordo no Código de Processo Penal (CPP) mantém a titularidade do MP para propô-lo, mas corrige alguns dos problemas da resolução.

O instituto, advindo da justiça consensual, é negócio jurídico extrajudicial, ou seja, estabelecido fora do sistema jurídico, entre o autor do fato delituoso e o Ministério Público.

Dentre os requisitos objetivos presentes no *caput* do art. 28-A, tem-se que o acordo de não persecução penal está condicionado a: i. não ser hipótese de arquivamento da investigação; ii. ter o acusado confessado completa, circunstanciada e formalmente a prática da infração penal; iii. ter cometido a infração penal sem violência ou grave ameaça; iv. possuir a infração penal pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, sendo consideradas para a aferição as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto; v. ser o acordo necessário e suficiente para a repressão e a prevenção do crime.

Quanto aos requisitos negativos de admissibilidade do acordo¹⁸, previstos nos incisos do parágrafo 2º do art. 28-A do CPP, impedem o *Parquet* de realizar ANPP se for cabível

¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 09 set. 2021.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>> Acesso em: 03 mai. 2022.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 183. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>> Acesso em: 03 mai. 2022.

¹⁸ LAI, Sauveí. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Migalhas*, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoessobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 14 fev. 2022.

transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, se o agente foi beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo ou nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

As condições ajustadas a serem impostas ao acusado cumulativa e alternativamente em decorrência do acordo firmado estão previstas em rol exemplificativo constante nos incisos I a V do *caput* do art. 28-A.

O procedimento para prática do ANPP exige acordo formalizado por escrito, presença de defensor do acusado e da homologação da autoridade judiciária, que ao verificar, em audiência com oitiva do investigado na presença de seu defensor, a voluntariedade e legalidade do acordo, poderá tomar duas decisões.

Caso o juiz homologue o acordo¹⁹, ele devolverá os autos ao Ministério Público para que dê início à execução perante o Juízo de Execução Penal. Já em caso de não homologação do acordo pelo juiz em audiência, ele poderá devolver os autos ao Ministério Público para que i) seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor, ii) seja feita a análise da necessidade de complementação das investigações ou iii) seja oferecida a denúncia.

Na hipótese de posterior descumprimento do Acordo, o MP deverá comunicar o fato ao juízo, para fins de rescisão e consequente oferecimento da denúncia.

No que se refere aos propósitos da implementação do ANPP, ressalta-se que os mecanismos negociais são pautados sob a égide do princípio da oportunidade e da intervenção mínima, visando a resolução de conflitos de forma alternativa e mais célere nos casos menos graves.²⁰

Frisa-se que, cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do acusado. Logo, resta claro que a utilização e aplicação do acordo de não persecução penal buscam atenuar os efeitos sociais e morais que uma condenação na esfera criminal gera ao acusado.

¹⁹ BARBOSA, Ana Cássia. O “novo” acordo de não persecução penal. *Canal Ciências Criminais*, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

²⁰ LOUZADA, Ulysses Fonseca. (In)viabilidade do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Defensoria Pública RS*. 27. ed. 2020, p. 349.



Ademais, o mecanismo, típico da justiça negocial penal, objetiva a economia de gastos da máquina pública, dando prioridade aos casos de maior gravidade e relevância social e, o desafogamento do sistema carcerário e da máquina judiciária²¹.

O dispositivo previsto no art. 28-A do CPP aproxima-se da transação penal, instituto despenalizador pré-processual inserido pela Lei nº 9.099/95²², em seu artigo 76; pois ambos se desenvolvem em fase pré-processual, onde não há acusado, impedindo a instauração de uma ação penal. Nesse sentido, a transação penal, em tese, corresponderia a um ANPP aplicado a crimes de menor potencial ofensivo.

Quando cotejado com o *plea bargaining*²³, outro modelo de aplicação da justiça negocial advindo dos Estados Unidos, o Acordo de Não Persecução Penal se caracteriza pela anterioridade ao processo, ou seja, é definido pré-processualmente antes mesmo de deflagrar qualquer ação penal.

Ademais, o ANPP tem caráter de acordo definitivo, sem o devido processo legal e não se refere à imposição imediata de uma “pena”, mas sim de condições alternativas às penas. Cumprido o acordo, o acusado não se torna reincidente pois extingue-se a punibilidade, não ocorrendo condenação sumária. Neste sentido, o instituto promove a manutenção da primariedade do acusado.

As condições de cumprimento do Acordo não são e nem se propõem a ser sanções privativas de liberdade; assemelhando-se às penas restritivas de direitos. E, tem-se que, embora necessária confissão, não há qualquer valoração probatória no ANPP.

Por outro lado, inexistente previsão específica acerca da vedação ao uso da confissão do investigado em sede de ANPP posteriormente, em caso de descumprimento do acordo, bem como não há nenhuma garantia de que essa mesma confissão não possa ser utilizada nas esferas cível e administrativa.

A solução para preservar a confissão, requisito para o fazimento do acordo, é a negociação pertinente à defesa do acordante. Ou seja, os limites do uso do ANPP em tese estariam apenas vinculados às cláusulas estipuladas pelas partes.

Diante do regramento e das nuances deste instituto da justiça penal negocial em específico, vale discutir até que ponto se pode exigir que os investigados abram mão de certas garantias fundamentais, especialmente quando isso pode implicar violação maciça de direitos,

²¹ MASI, Carlo Velho. O Acordo de Não Persecução Penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública RS*. 26. ed. 2020, p. 269-270.

²² BRASIL, op. cit., nota 8.

²³ VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 18, nº 54, p. 347-382, jul./dez. 2019.

caso o ANPP torne-se, tal como é a perspectiva, um dos principais institutos despenalizadores do processo penal brasileiro.²⁴

3. VIABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MEIO ALTERNATIVO À SOLUÇÃO CÉLERE DA LIDE PENAL

A questão que se perfaz decorre da dissonância entre o instituto da justiça negocial pormenorizado anteriormente e os princípios constitucionais e processuais penais enraizados no ordenamento, a fim de evitar a ocorrência de um eventual (in)devido processo legal que vai de encontro à segurança jurídica e aos direitos dos indivíduos.

Em um primeiro momento, permeia-se a dúvida: o acordo é um direito subjetivo do acusado ou um mero ato de discricionariedade do Ministério Público?

O posicionamento de quem sustenta o caráter de direito subjetivo do ANPP tem guarida no princípio da igualdade, de forma que todos os que se encontrarem na mesma condição e preencherem os requisitos legais têm o direito subjetivo de ter a oportunidade de celebrar o acordo.²⁵

A segunda posição diferencia “arbitrio” de “discricionariedade”, já que não é dado a nenhum agente público agir arbitrariamente, sem a observância das balizas legais e princípios constitucionais. Ademais, sustentam que o caput do art. 28-A dispõe que o Ministério Público “poderá” propor o acordo, desde que “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, ratificando, assim, que a atuação ministerial é discricionária, dando-lhe margem para apreciação da suficiência da medida no caso concreto em atenção aos fins de prevenção geral e especial do Direito Penal.²⁶

Em meio à divergência, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se manifestou no julgamento do AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 130.587/SP²⁷, em decisão unânime, no

²⁴ MASI, op. cit., p. 281.

²⁵ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O Acordo de Não Persecução Penal: Permissões e Vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. *Acordo de não Persecução Penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivum, 2019, p. 336. No mesmo sentido: BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: *ibid.*, p. 63; e também LOPES JUNIOR, Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Boletim Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 08 mar. 2022.

²⁶ MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de Não Persecução Penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. *Revista do Ministério Público RJ*. nº 77. jul./set. 2020, p. 167.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg em HC nº 130.587*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=130587&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 08 mar. 2022.



sentido da segunda posição, entendendo não constituir direito subjetivo do réu e abrindo margem para o Ministério Público agir discricionariamente de acordo com o caso concreto. Posição esta que vêm sendo majoritariamente aceita tanto na jurisprudência quanto na aplicação casuística.

Outro ponto em voga acerca da viabilidade e das nuances do ANPP é a aproximação deste com o instituto da transação penal, principalmente no que se refere à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Tal mitigação, em ambos os institutos da justiça negociada, consagra o princípio da “discricionariedade mitigada”.

Isso porque, o princípio da obrigatoriedade da ação penal é conceituado como aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública.²⁸

Entretanto, o cumprimento desse dogma há muito vem se revelando impraticável. A utilização de instrumentos permitidos em lei pelo Ministério Público, vide o ANPP, obedecendo os princípios da cadeia constitucional, não viola, por exemplo, o princípio implícito da obrigatoriedade da ação penal, considerando que o estado, na figura do Ministério Público, age contra a infração penal para que se obtenha resultados céleres e eficientes perante o autor do fato ilícito e perante a sociedade.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes, em decisão monocrática²⁹, reforçou o entendimento de que, com o avanço os mecanismos de políticas criminais, o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública foi superado e passou a vigorar uma “discricionariedade mitigada”.

Ocorre que, em sentido diverso do até agora exposto, a ampla adesão à justiça penal negociada pelos países não é sinônimo de que o instituto não fira determinadas garantias individuais.

A ausência do devido processo legal; o excesso de discricionariedade do órgão acusador (Ministério Público); e a ausência de um efetivo “acordo” entre as partes, tendo em vista que, geralmente, o acusado estará em situação de desvantagem em relação ao Estado e ao MP são críticas que podem ser levantadas tratando-se do Acordo de Não Persecução Penal.

A justiça penal consensual, ou negociada, abrevia o procedimento comum previsto no CPP, tendo em vista a proposição antecipada do Acordo pelo MP. E, como já relatado, a

²⁸ MIRABETE, Júlio Fabrine. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 47.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 195.725*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345503686&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

confissão formal e circunstancial é requisito previsto no *caput* do art. 28-A do CPP para que haja tal proposição e para que seja formalizado o Acordo. Nesta feita, confessando o delito e as condutas que lhe foram imputadas, o acusado abdica do direito de contestar as acusações e, de certa maneira, renuncia ao devido processo penal e suas garantias para fazer jus a uma pena mais branda.

Dessa forma, no que se refere à mitigação de princípios legais e constitucionalmente previstos em confronto com a viabilidade deste instrumento da justiça negociada, conclusão diversa se dá em relação a outro princípio de suma importância na garantia dos direitos do acusado: o princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII da CF), que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, a presunção de inocência e o devido processo legal são notadamente mitigados com a celebração do Acordo, caracterizando um juízo de culpabilidade, com a imposição de uma pena sem processo que a preceda e sem a prolação de sentença condenatória determinando sua execução.³⁰

Em complemento, a aplicação do ANPP no processo penal brasileiro tende a esvaziar a função precípua do Poder Judiciário, haja vista que o magistrado deixa de exercer seu papel de decisor, passando a exercer a função de homologar Acordos previamente estabelecidos entre acusação e acusado.

Por fim, outra lacuna vislumbrada no que tange à celebração do Acordo é sua vedação aos investigados reincidentes ou que pratiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (art. 28-A, §2º, II do CPP), sendo a lei omissa no que diz respeito aos critérios caracterizadores do “criminoso habitual”, podendo gerar dúvidas quando de sua aplicação.

Não se nega o fato de que o processo penal necessita melhorias em sua execução, sobretudo no que diz respeito ao princípio da duração razoável do processo, garantia fundamental prevista no art. 5º, LXXVIII da CF.

Porém faz-se relevante a crítica de Lopes Jr.³¹ a este instituto, ao afirmar que não se pode objetivar a celeridade do procedimento se a consequência disso for o atropelo das garantias processuais, ou mesmo a completa supressão de uma jurisdição de qualidade, como acontece na justiça penal negociada.

³⁰ LOUZADA, op. cit., p. 353.

³¹ LOPES JR., Aury; PACZEK, Vitor. O Plea Bargain no Projeto “Anticrime”: remédio ou veneno? *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*. v. 11, nº 23, jan-abr. 2019. Disponível em: <https://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/1050/839>. Acesso em: 09 mar. 2022.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, tem-se que o trabalho apresentado objetivou demonstrar a viabilidade e as limitações da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, expoente da justiça negocial, no ordenamento jurídico processual penal brasileiro. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, evidenciar que o tema não é unânime e que provoca relevantes discussões.

Verificou-se os aspectos positivos e negativos da ampliação dos espaços de negociação, com foco no Acordo de Não Persecução Penal, sendo certo que o que há de mais perigoso ao difundir a justiça negocial é justamente o confronto com princípios constitucionais e legais enraizados e difíceis de serem flexibilizados levianamente.

Inicialmente, foi constatado que, quanto à controvérsia acerca da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, qual seja, direito subjetivo do acusado ou mero ato de discricionariedade do Ministério Público, os Tribunais Superiores já vêm entendendo que o Acordo não constitui direito subjetivo do réu, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerar necessário e suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal.

Em consonância com este entendimento, restou demonstrada a possibilidade da mitigação/relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, aquele em que obriga a instauração de inquérito e promoção, pelo MP, da ação penal pública, no que se refere à aplicação do ANPP e da transação penal.

Por outro lado, a relevância da pesquisa é evidenciada ao constatar que, de fato, a adesão maciça dos operadores do Direito à instrumentos de justiça negocial pode acarretar violações a determinadas garantias individuais previstas em princípios constitucionais e legais já consolidados na doutrina e na jurisprudência.

Tal constatação restou clara, no decorrer da pesquisa, diante da busca pela celeridade e pelo excesso de discricionariedade em determinados casos, características marcantes dos instrumentos de justiça negocial. Isso porque, ao abreviar determinados procedimentos legais deixando de seguir os comandos previstos em lei, notório o enfraquecimento do devido processo legal.

Além desse fator, concluiu-se pela existência de uma eventual superioridade do órgão do Ministério Público em relação ao acusado, que fica submetido à aceitação de um acordo formulado nos moldes determinados pelo *Parquet*.

Princípio de extrema relevância para o Processo Penal, o da presunção de inocência, também é, de certa forma, relativizado para que seja formalizado o Acordo conforme previsão legal, pois a confissão formal e circunstanciada é requisito para a propositura do Acordo que é aplicado no intuito de trazer maiores benefícios ao acusado que preencher as condições impostas.

A exigência da confissão pelo acusado leva perigo para a existência do Processo Penal sedimentado, ou seja, aquele pautado em observar os direitos e garantias individuais em consonância com a Constituição Federal, na medida em que impõe barreiras ao direito do acusado de contestar as acusações que lhe são impostas e da garantia de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, utilizando-se de todos os meios de prova aceitos no Direito Penal.

O juízo de culpabilidade executado quando postos em prática os mecanismos de negociação, se demonstra falho quando confrontado com os princípios supramencionados, determinando uma pena sem processo, sem apreciação de provas e sem contraditório e ampla defesa.

Cristalino também o esvaziamento da função primordial do juiz de direito nos casos em que formalizado o Acordo, haja vista que o julgador somente homologa os ditames propostos pelo Ministério Público ao acusado, desprovido de poder decisório capaz de alterar os rumos das consequências relativas à infração penal praticada.

Cediço que há lacunas na previsão do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019. Pode se vislumbrar, de forma objetiva, por exemplo, a lacuna no que diz respeito aos elementos que particularizam o “criminoso habitual”, já que a Lei veda a celebração do Acordo para esse grupo de agentes.

Conclui-se, assim, que a pesquisa possibilitou o reconhecimento de pontos que necessitam de melhor delimitação e mudanças para que o Acordo de Não Persecução Penal seja consonante com princípios constitucionais caros ao ordenamento jurídico, mas sem negar a semelhante necessidade de um Processo Penal célere e desencarcerador, a fim de desafogar o Judiciário e as prisões penais do Brasil.

Imperiosa foi a tarefa de compreender a importância dos mecanismos negociais para o Processo Penal sem fechar os olhos para as diversas lacunas e controvérsias passíveis de melhorias para não violar fundamentos e princípios relevantes e difundidos. É certo que o estudo do tema vai além e que sua compreensão está em evolução dada a sua complexidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ana Cássia. *O “novo” acordo de não persecução penal*. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BARROS, Franciso Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 26. ed. V.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm?msckid=99b9dd7baad511ecbee35d7533dae94b. Acesso em: 22 mar. 2022.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 14 fev. 2022.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Lei nº 9.714*, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19714.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus nº 195.725*. Impetrante: Lucas Santos de Paula Souza. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 28 de janeiro de 2021. Diário da Justiça, Brasília-DF, 29 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345503686&ext=.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 130.587*. Agravante: Beatriz Coromoto Gomez Gonzalez. Agravado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 17 de novembro de 2020. Diário da Justiça, Brasília-DF, 23 de novembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=130587&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 08 mar. 2022

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade*. Brasília: CNJ, 2016. p.22.



Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regrasdetoquio.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

CABRAL, Thiago. *As raízes do autoritarismo no Código de Processo Penal de 1941*. Canal Ciências Criminais. 2019.

GOMES FILHO, Dermeval Farias; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v.13, n.1, 2016, p. 378-379.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*. São Paulo: RT, 2002.

FARIA, Juan Danker Rocha. *Justiça Penal Negocial: o acordo de não persecução penal, uma análise do instituto*. 2020. 55 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2020.

JOSITA, Higyna; LOPES JR., Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*. 6 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 13 out. 2021.

LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Migalhas*, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoessobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 14 fev. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____; PACZEK, Vitor. O Plea Bargain no Projeto “Anticrime”: remédio ou veneno? *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*. v. 11, nº 23, jan-abr. 2019. Disponível em: <https://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/1050/839>. Acesso em: 09 mar. 2022.

LOUZADA, Ulysses Fonseca. (In)viabilidade do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Defensoria Pública RS*. 27. ed. 2020.

MASI, Carlo Velho. O Acordo de Não Persecução Penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública RS*. 26. ed. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabrine. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1993.

MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de Não Persecução Penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. *Revista do Ministério Público RJ*. nº 77. jul./set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei nº 13.964/2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

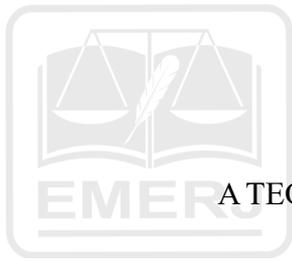
SILVA, Sara Mossmann da. *Tendências e perspectivas do direito penal em face do acordo de não persecução penal*. 2021. 81 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, nº. 299, out. 2017.

_____. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 18, nº 54, p. 347-382, jul./dez. 2019.



A TEORIA DO APROVEITAMENTO PARASITÁRIO EM CASOS DE INFRAÇÃO DE *TRADE DRESS*

Renato Prado de Carvalho

Graduado pela Universidade Candido Mendes. Advogado.

Resumo: No Brasil, não há previsão legal sobre o *trade dress* –conjunto imagem–, restando aos doutrinadores e ao Poder Judiciário criarem parâmetros para sua proteção. Tal deficit normativo e doutrinário reflete diretamente na resolução de litígios envolvendo o conjunto imagem, pois o julgador acaba por utilizar regras não unânimes para resolução dos conflitos. O objetivo do trabalho é analisar os critérios definidos por essas doutrinas nas resoluções de infração através do aproveitamento parasitário –*free riding*– e como o judiciário emprega esses parâmetros ao caso concreto, com a finalidade de encontrar um denominador comum empregado para resolver os casos de infração ao *trade dress* por aproveitamento parasitário –*free riding*–.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Propriedade Industrial. Marcas. Concorrência Desleal. Aproveitamento Parasitário. *Trade Dress*.

Sumário: Introdução. 1. O sistema de construção da distintividade do *Trade Dress*. 2. A usurpação da marca através do *Free Riding*. 3. A construção jurisprudencial em face da omissão legislativa nos casos de contrafação ao *Trade Dress*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a Teoria do Aproveitamento Parasitário em casos de Infração ao *Trade Dress*, pois o crescimento do capitalismo pelo mundo gerou na indústria uma competição acirrada, como forma de buscar consumidores, fazendo assim surgir à figura da concorrência. Paralelo a isto, houve a necessidade de proteção dos signos distintivos – marcas–, porque os agentes econômicos cometiam abusos – concorrência desleal– para angariar clientela.

Porém a legislação brasileira protege as marcas em face da concorrência desleal na lei 9.279/96, mas acaba por não regulamentar a proteção ao *Trade Dress* –conjunto de características capazes de identificar determinado produto ou serviço– e fica ainda mais nebuloso quando a infração ao *Trade Dress* ocorre pelo aproveitamento parasitário –utilização indevida do conjunto de marcas em ramo de atividade diferente por terceiros–.

Assim, o presente trabalho enfoca na temática da solução para enquadrar as infrações causadas por aproveitamento parasitário nos casos de *Trade Dress*, uma vez que a legislação aplicada é omissa.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o tema de maneira ampla, com a contextualização do Direito da Concorrência e seus princípios norteadores, bem como os limites da livre concorrência. Em seguida será explorado o surgimento do *trade dress*, expondo conceituação e requisitos para sua proteção.

Já o segundo capítulo tem por objetivo mostrar as formas concorrência desleal e suas peculiaridades e desdobramentos, identificar os requisitos exigidos pela doutrina para sua configuração sob a luz das legislações aplicáveis. Apresentar os atos confusórios classificados pela doutrina que caracterizam a concorrência desleal.

O terceiro capítulo demonstra como o judiciário enfrenta o tema diante da lacuna legislativa, com enfoque na verificação da conceituação dado ao conjunto de imagem pelas decisões judiciais, bem como os requisitos para sua proteção e o seu enquadramento como ilícito civil de concorrência desleal previsto no art. 209 da LPI, tendo em vista a inexistência de disposição expressa sobre o tema.

A pesquisa segue a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva-explicativa. São analisados entendimentos dos tribunais brasileiros acerca dos requisitos para proteção do *Trade Dress* e de seus pressupostos para proteção de conjunto imagem.

1. O SISTEMA DE CONSTRUÇÃO DA DISTINTIVIDADE DO *TRADE DRESS*

A Carta Constitucional de 1988 inaugurou o Estado Democrático de Direito com respeito aos direitos e garantias individuais e o comprometimento em não interferir na liberdade de iniciativas e à propriedade privada e tem como sistema econômico o capitalismo neoliberal. André Ramos Tavares¹ define o capitalismo como:

Sistema econômico no qual as relações de produção estão assentadas na propriedade privada dos bens em geral, especialmente dos de produção, na liberdade ampla, principalmente de iniciativa e de concorrência e, conseqüentemente, na livre contratação de mão de obra.

No mesmo caminho, José Afonso da Silva² descreve o modelo econômico adotado pela CRFB/88:

[...] a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista... embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

1 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2011 p.34

2 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013 p. 794.

Os princípios da CRFB/88 impõe um padrão que condiciona a justiça e a equidade na busca da dignidade humana e da justiça social sob a ótica da liberdade econômica, moldando-se ao desenvolvimento da economia do país, com o fim de atingir a livre iniciativa e a valorização do trabalho, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego – 170 da CRFB/88³ –. Portanto, o modelo capitalista adotado –economia de mercado– intervém quando ultrapassados os limites definidos no art. 174 da CRFB/88⁴.

Também são abrangidas pela livre iniciativa as formas de produção individual e coletiva, ou seja, iniciativa de autogestão, cooperativa e pública, pois se tratam de ramos da liberdade com valorização do trabalho e criatividade, ficando assim fora dos direitos fundamentais e do campo empresarial.

Como subproduto da concorrência, tem-se a livre iniciativa que três pilares: motivação econômica, sociológica e política. Na motivação econômica, o Estado é o regulador do sistema. Na motivação sociológica, aperfeiçoamentos metodológicos para agradar o consumidor. Já a motivação política, há independência entre o público e o privado, garantindo autonomia de mercado. Nas palavras de José Afonso da Silva⁵, o princípio da livre concorrência é um instrumento que objetiva alcançar a dignidade humana, isto porque, aquele garante a todos uma competição isonômica no mercado. Em contrapartida, a legislação que combate a concorrência desleal é um mecanismo importante ao sistema capitalista, porque faz com que se concretize o princípio da livre concorrência enquanto fundamento da atividade empresarial. Portanto, a concorrência e a propriedade intelectual estão conectados.

Nesse contexto, a propriedade intelectual prioriza a importância coletiva dada ao bens e direitos incorpóreos dos agentes econômicos, na alocação dos custos gerados por esses bens e direitos, bem como estabelecer como a renda da sua exploração será extraída e por quem. Tais bens e direitos são de suma importância, isso porque estão inseridos na concorrência e são capazes de serem apropriados, transferidos e utilizados gerando diferenciação e incentivando a concorrência.

Os sinais diferenciam os concorrentes, em outras palavras, esses sinais facilitam a identificação de produtos – marcas industriais ou de comércio– e serviços –estabelecimentos comerciais–, cuja proteção vem definida no art. 5º, XXIX da CRFB/88⁶, que tem como critério de concessão a distintividade. No plano infraconstitucional, a lei de propriedade

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2022.

4 Ibid.

5 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013 p. 794.

6 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2022.



industrial –Lei nº 9.279/96– protege e registra como marca só os sinais visualmente perceptíveis –art. 122⁷–. O Instituto Nacional de Propriedade Industrial –art. 123⁸– é o órgão responsável por analisar e registrar as marcas registráveis utilizando o princípio da especialidade. Essa análise é feita dentro do mercado no qual o produto ou serviço está inserido, ou seja, dentro da classe de registro. Assim, não existindo marcas idênticas, similares, que não gere confusão ou erro, nada impede o registro. Há uma exceção ao princípio da especialidade, as marcas de alto renome –art. 125⁹ – que são protegidas em todos os seguimentos mercadológicos, pois ultrapassam as barreiras da classe na qual está inserida.

Nesse mesmo caminho trilhado pela marca de alto renome está o *trade dress*, pois também ultrapassa a barreira do segmento no qual está inserido, formando um conjunto de elementos distintivos de um produto ou serviço. Nas palavras de Kone Prieto Furtunato Cesário¹⁰:

As novas marcas, dentre as quais se encontra o *trade dress* somente podem ser reconhecidas como sinais distintivos se, ao serem apostas em algum produto ou serviço, tiverem a capacidade de reconhecimento imediato no exercício de sua função identificadora frente à concorrência pelos consumidores.

A título de esclarecimento, o *trade dress* surgiu no julgado *Cabana, Inc. vs. Two Pesos, Inc.* –EUA–¹¹, cujo litígio foi sobre o visual similar entre os estabelecimentos. Sagrando-se vencedor o Taco Cabana que tem exclusividade sobre a apresentação visual do seu estabelecimento.

O termo *trade dress* foi criado para impedir que um agente econômico vista-se –*dress up*– de maneira semelhante. Pode-se extrair que se trata de uma combinação de elementos visuais – embalagem, cores, rótulos, grafismos, interior e exterior de estabelecimentos, linhas arquitetônicas, design, *websites* etc– que formam um conjunto de fácil percepção, que através do uso e do tempo, são considerados um conjunto-imagem ou identidade visual, cuja proteção abrange reprodução indevida.

Embora haja no Brasil uma legislação de marcas, ela é silente no que se refere ao *trade dress*, restando aos doutrinadores e aos Tribunais a sua proteção.

7 BRASIL. *Lei nº 9.279/96*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

8 Ibid.

9 Ibid.

10 CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. *As novas marcas visuais à luz dos princípios do direito comercial*. 2016. 23 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

11 CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL SOCIAL SCIENCE AND LAW. *Two Pesos v. Cabana*. Disponível em: <https://courses2.cit.cornell.edu/sociallaw/student_projects/Tradedresspage2.html>. Acesso: 12 out. 2021.

Para resolução de conflito entre dois *trade dress*, utiliza-se três critérios—distintividade¹²; risco de confusão e associação¹³; e a não funcionalidade¹⁴— que são rigorosamente analisados para definir o que é concorrência e o que é fraude.

Na distintividade, a aferição é feita de duas formas: de maneira intrínseca ou na situação fática pela verificação secundária.

Na forma intrínseca há associação da imagem a determinada empresa. Nesse caso utiliza-se o teste do espectro de distintividade que busca analisar da menor para maior distintividade—marcas genéricas, descritivas, evocativas/sugestivas, arbitrárias e fantasiosas—, nas genéricas não há proteção e nas fantasiosas há alto grau de proteção. Este teste surgiu no julgamento *Abercrombie & Fitch vs. Hunting World*, nos EUA em 1976, mas só protege os nomes que se diferenciam pela fonética.¹⁵

Já a distintividade por meio da Significação Secundária—*Secondary Meaning*— é adquirida através do tempo pelo uso. Essa distintividade foi criada na Escócia—1870—, no qual *Whoterspoon* e *Currie* disputavam o nome *Glenfield*. *Whoterspoon* possuía uma famosa fábrica—*Glenfield Double Refined Powder Starch*— que fornecia produtos à família Real na região de *Glenfield*. Seu concorrente *Currie* decidiu divulgar seus produtos fazendo alusão a mesma região.¹⁶ A justiça escocesa decidiu que apesar do primeiro significado—*Glenfield*—fosse relacionado a região, o segundo significado estava ligado ao produto fabricado por *Whoterspoon*. Assim, a significação secundária liga-se diretamente aos sinais distintivos, pois dão um sentido que diferencia um produto ou serviço dos demais. Portanto, os critérios considerados são a exclusividade, modo e tempo de utilização, publicidade, pesquisa de opinião, quantidade de vendas, reportagens.¹⁷

O segundo critério é o risco de confusão ou associação indevida.¹⁸ No risco de confusão, analisa-se a falsa identificação entre os sinais que distinguem os produtos ou serviços. Identificada a infração, passa-se a análise do enquadramento do código de categoria

12 MINADA, Luciana Yumi Hiane. *O instituto do trade dress no Brasil - a eficácia da repressão à concorrência enquanto mecanismo de proteção*. Disponível em: <<https://www.kasznarleonardos.com/wp-content/anexos/artluciana-trade-dress.pdf>> Acesso em: 18 mai. 2022.

13 Ibid.

14 HOLANDA, Anne Caroline Lapa de. *Trade dress, aproveitamento parasitário e concorrência - um difícil equilíbrio*. Disponível em: <<https://www.daniel-ip.com/pt/articles/trade-dress-aproveitamento-parasitario-e-concorrenca-um-dificil-equilibrio/>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

15 BARBOSA, Denis Borges. *O fator semiológico na construção do signo marcário*. 2006. 77 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

16 SOARES, José Carlos Tinoco. *Concorrência Desleal vs. Trade dress e/ou conjunto-imagem*. São Paulo: Tinoco Soares - Disal, 2004. p. 105

17 Id. *A oponibilidade da marca varia com sua força distintiva e o tempo*. Disponível em: <<https://www.dba.com.br/wp-content/uploads/a-oponibilidade-da-marca-varia-com-sua-fora-distintiva-e-o-tempo-2011.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

18 MINADA, op. cit.



–conjunto de características pré estabelecidas para um determinado seguimento de produtos, como formatos de embalagens comum, mesma cor etc. Assim, se o agente econômico quer se destacar no segmento de mercado no qual está inserido, deverá investir no desenvolvimento de seu produto para fugir desse padrão pré definido.

Por sua vez, no risco de associação indevida¹⁹, é possível utilizar a Teoria da Distância – empregada na análise de conflito de marcas tradicionais–, pois embora existam duas marcas similares que coexistem, a terceira similar, em menor ou maior grau, pode existir desde que haja elementos diferenciadores mínimos. Portanto o agente econômico pode adotar o padrão da categoria –identidade visual semelhante– diminuindo custos de investimento ou adotar em um novo visual para atingir um nicho exclusivo e protegido contra imitação.

O terceiro critério é a não funcionalidade²⁰, pois mesmo que não cause confusão e se possui funcionalidade o litígio será negado, pois a Lei nº 9.279/96 não é permitido o direito de exclusividade sobre uma forma ou efeito técnico através do *trade dress*, pois o mecanismo de proteção é a patente.

2. A USURPAÇÃO DA MARCAR ATRAVÉS DO *FREE RIDING*.

Tanto nos tratados internacionais no qual o Brasil aderiu quanto na Legislação nacional, há previsão sobre a concorrência desleal.

Não há uma definição precisa do que seria concorrência desleal e tal dificuldade se reflete na definição dada pelo art. 10 bis da Convenção da União de Paris que define concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. Por sua vez, o art. 39 da TRIPs prevê a obrigação de os Estados protegerem informações confidenciais de pessoas físicas e jurídicas de práticas concorrenciais desleais. A partir desses artigos, pode-se concluir que a concorrência desleal é composta de comportamentos inapropriados do agente econômico no meio empresarial, que age de forma ilegítima e desonesta com o fim de afastar os consumidores de seus concorrentes e por consequência adquirir a clientela alheia.

19 MINADA, Luciana Yumi Hiane. *O instituto do trade dress no Brasil - a eficácia da repressão à concorrência enquanto mecanismo de proteção*. Disponível em: <<https://www.kasznarleonardos.com/wp-content/anexos/artluciana-trade-dress.pdf>> Acesso em: 18 mai. 2022.

20 HOLANDA, Anne Caroline Lapa de. *Trade dress, aproveitamento parasitário e concorrência – um difícil equilíbrio*. Disponível em: <<https://www.daniel-ip.com/pt/articles/trade-dress-aproveitamento-parasitario-e-concorrencia-um-dificil-equilibrio/>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

Na legislação nacional não há definição do que é concorrência desleal, mas existe um rol de práticas consideradas crimes no art. 195 da Lei de Propriedade Industrial –LPI²¹ autorizando a repressão. Contudo, outros atos não mencionados nesse rol são tratados como ilícito civil, pois a punição só é permitida quando há previsão legal²².

As hipóteses que podem ser atacadas penalmente estão descritas no artigo supracitado e se dividem em atos que criam confusão entre estabelecimentos e/ou produtos, atos que denigre o concorrente, atos que desrespeitam cláusula contratual e concorrência parasitária.

A palavra parasita significa aquele que vive em associação com outro organismo e estabelecendo uma relação de parasitismo com o indivíduo, no qual um é beneficiado enquanto o outro é prejudicado. Tal definição passou a ser utilizada com outro sentido semântico para indicar o indivíduo que se aproveita de outro obtendo benefícios em prejuízo do outro.

Além do termo parasitismo ou comportamento parasitário, a doutrina traz outras nomeclaturas como aproveitamento parasitário, *free riding* ou efeito carona, cuja intenção não é prejudicar a fama e a imagem do agente econômico parasitado, mas sim copiar os métodos e poupando tempo e investimento no desenvolvimento em produtos ou serviços com o fim de obter vantagens em relação aos agentes econômicos do seu ramo de atividade, pois no aproveitamento parasitário –*Free Riding*– os agentes econômicos atuam em ramos de atividades diferentes. Já na concorrência parasitária a imitação ou cópia ocorre entre agentes econômicos do mesmo ramo de atividade.

Como o aproveitamento parasitário –*Free Riding*– ocorre em ramo de atividade diferente, indaga-se se é possível reprimir o parasitismo com base na concorrência desleal, isso porque não há concorrência entre os agentes econômicos.

Embora o art. 195 da LPI²³ não forneça subsídios para proteger o agente econômico parasitado tendo em vista que não estão no mesmo ramo de atividade, ele pode valer da proteção prevista no art. 209 da mesma lei.

21 BRASIL. *Lei n° 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1998-2000/L9729.htm> . Acesso em: 13 mar. 2022.

22 BRASIL. *Decreto-lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> . Acesso em: 13 mar. 2022.

23 BRASIL. *Lei n° 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1998-2000/L9729.htm> . Acesso em: 13 mar. 2022.



Outros mecanismos também podem ser utilizados na repressão ao aproveitamento parasitário –*Free Riding*– como o Código Civil em seu art. 186²⁴ (Ato ilícito), art. 187²⁵ (Abuso de direito) e art. 884²⁶ (Enriquecimento sem causa).

No *Free Riding* para ficar evidenciado que ocorreu um ato ilícito –art. 186 do CC– faz-se necessário a presença de três fatores concomitantemente: Culpa do agente parasita, dano causado ao parasitado e nexos de causalidade. Contudo, a utilização do ato ilícito previsto no art. 186 do CC não é possível, isso porque faltam dois elementos estruturantes: o direito subjetivo violado e o dano.

Nos casos de abuso de direito deve-se observar cinco critérios para sua ocorrência nos casos de infração ao *Trade Dress*: Titularidade do direito, Exercício irregular do direito, Rompimento dos limites impostos, Violação do direito alheio, Elemento subjetivo da conduta e nexos de causalidade. O abuso de direito neste caso não precisa de comprovação de dano subjetivo ao direito alheio, culpa ou nexos de causalidade, pois trata-se de uma antijuridicidade objetiva. O abuso de direito caracteriza-se em todas as situações onde são ultrapassados os limites do direito ignorando a boa-fé. Trata-se de uma cláusula aberta para casos não previstos, mas que podem surgir em algum momento, sendo um princípio de valor a ser seguido pelo ordenamento e aplicado de forma sistemática.

No caso de enriquecimento sem causa, deve-se conjugá-la com o abuso de direito para justificar uma indenização pela falta da necessidade de demonstrar prejuízo do agente econômico que foi parasitado. Faz-se necessário três pressupostos para sua aplicação: O parasita tem que obter ganho financeiro com o aproveitamento parasitário com elementos de propriedade intelectual do agente econômico, comprovação que o enriquecimento se deu com a utilização indevida do direito alheio e a ausência de causa legítima para o enriquecimento.

Assim, para repressão do parasitismo de sinais distintivos –*marcas, trade dress etc.*– deve-se analisar se o agente econômico parasitado tem direito de coibir o parasita que concorre indiretamente e se o ato praticado é ou não contrário ao direito.

Inicialmente, deve-se compreender o significado real de onde está inserido o sinal distintivo, relacionado aos consumidores e o mercado, para analisar se o referido sinal tem fama e se ultrapassa o seu segmento no mercado que atua. Tal compreensão é necessária para saber a real possibilidade de confusão ou associação entre os agentes, aumento e o tipo de prestígio auferido pelo parasita no seu segmento mercadológico, o alcance do prestígio do

24 BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*



parasitado e se tal fama seria capaz de agregar valor ao agente econômico parasita que atua em segmento distinto do parasitado.

A justificativa para repressão ao *free riding* é a preservação da marca famosa, sua força junto aos consumidores e evitar a depreciação da marca. Essa mesma lógica se aplica ao *trade dress*, por ser uma marca.

Nessa linha de raciocínio, se o parasita não obteve benefícios e nem ocorreu a depreciação do *trade dress*, não há que se falar em repressão.

Porém, nos casos confirmados que ocorreu o *free riding*, o agente econômico pode sofrer danos e diluição da marca. Esta pode ser compreendida como ofensa ao sinal distintivo ocasionado pela atuação indevida do agente econômico, sendo que atuam em ramos distintos de atividades, cujo efeito é a diminuição do poder de venda devido a ofensa a sua reputação e perda da unicidade. Essa lesão ao sinal distintivo parasitado ocorreu por dois meios: diluição por perda da distintividade e diluição por depreciação.

Faz-se necessário distinguir a diluição por ofuscação e diluição por degenerescência. Esta acarreta a perda da distintividade frente aos concorrentes diretos e ocorre quando há substituição do nome do produto em si pela marca. Já aquela, há uma adoção de um sinal característico sem autorização adotado por outrem, denegrindo a imagem e reputação do sinal distintivo. Embora acarrete confusão, a diluição por ofuscação altera a valoração que o consumidor atribui ao sinal distintivo. Para configurar a infração, este valor deve ser de caráter negativo que prejudique a imagem e seu prestígio e a percepção do consumidor em relação ao sinal distintivo.

Dessa forma, a teoria da diluição dá base para compreender e repreender o aproveitamento parasitário *–free riding–*.

3. A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL EM FACE DA OMISSÃO LEGISLATIVA NOS CASOS DE CONTRAFAÇÃO AO *TRADE DRESS*.

É pacífico na justiça brasileira de que o uso desleal de um conjunto imagem *–trade dress–* é passível de repressão, ou seja, ocorrendo uma infração ao conjunto imagem de agentes econômicos do mesmo ramo de atividade, aplica-se o art. 195 da LPI²⁷. Mesmo que não haja previsão legal sobre a proteção do conjunto imagem, a legislação brasileira confere proteção nos casos de usurpação caracterizando concorrência parasitária.

27 BRASIL. *Lei n° 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1998-2000/L9729.htm> . Acesso em: 13 mar. 2022.

Contudo, o caminho a ser tomado é outro quando a usurpação envolve agentes econômicos de ramos de atividades diferentes –aproveitamento parasitário–, pois o referido artigo da lei de propriedade industrial não protege esse tipo de situação. Portanto, os julgados selecionados que se seguem enquadram-se no objetivo proposto.

No litígio entre a Unilever Ltda. e a GFG Cosméticos Ltda²⁸, a GFG empregou em suas embalagens de produtos capilares –Alisena– elementos do conjunto imagem do produto alimentícios da Unilever –Maizena–. O entendimento foi no sentido de que houve infração ao *trade dress* e mesmo que não haja legislação que faça menção ao conjunto imagem, o tema é tutelado pelos dispositivos que proíbem as práticas de concorrência desleal, principalmente o uso de meios fraudulentos, para desviar clientela –art. 195, inc. III da LPI²⁹–. Afirmou-se que a livre concorrência tem limites nos preceitos legais e uma vez excedidos esses limites, surge a concorrência desleal. Também ficou caracterizado o parasitismo que se manifestou na possibilidade de indevida associação entre os produtos e na apropriação indevida da empresa GFG sobre o investimento da empresa Unilever na construção de sua marca. Por fim, ficou decidido que a apuração do *quantum debeatur* será realizada na fase de liquidação da sentença, mediante exame dos livros contábeis da GFG, incluindo-se as notas fiscais, para apuração do valor efetivamente recebido pelos produtos considerados irregulares – art. 210, II da LPI³⁰–, porém como era difícil aferir o valor exato do prejuízo sofrido pela Unilever em razão da diluição de sua marca e quantidade de enriquecimento ilícito gerado pela GFG, o juízo fixou como critério equitativo a aplicação de um percentual de 20% sobre o faturamento das vendas dos produtos violadores do direito da Unilever.

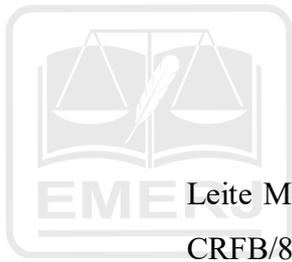
Nessa mesma linha ocorreu com a Nestlé do Brasil Ltda e a *Fine* Cosméticos Ltda³¹, no qual a *Fine* cosméticos utilizou o conjunto imagem da marca Leite Moça em seus produtos capilares – Moça Bonita–. Ficou constatada a semelhança das embalagens pela simples comparação visual, sendo desnecessário prova pericial e que isso demonstra capacidade de induzir o consumidor ao erro e associação indevida ao produto comercializado pela Nestlé –

28 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1093251-56.2017.8.26.0100. Relator: Ricardo Negrão. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId = &paginaConsulta = 0 & cb Pesquisa = NUMPROC & numero Digito Ano Unificado = 1093251-56.2017&foroNumeroUnificado= 0100&de Pesquisa NuUnificado= 1093251-56.2017.8.26.0100&dePesquisaNuUnificado= UNIFICADO& dePesquisa = & tipo NuProcesso=UNIFICADO](https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1093251-56.2017&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=1093251-56.2017.8.26.0100&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO)>. Acesso em: 13 mar. 2022.

29 BRASIL. op. cit., nota 25.

30 *Ibid.*

31 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1060991-26.2017.8.26.0002. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversation Id=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1060991-26.2017&foro NumeroUnificado = 0002 & de Pesquisa Nu Unificado = 1060991-26.2017.8.26.0002&de Pesquisa Nu Unificado =UNIFICADO&dePes quisa=& tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=40](https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1060991-26.2017&foroNumeroUnificado=0002&dePesquisaNuUnificado=1060991-26.2017.8.26.0002&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=40)>. Acesso em: 13 mar. 2022.



Leite Moça-. Decidiu-se que a base jurídica para coibir a imitação está no art. 5º, XXIX da CRFB/88 e na Lei nº 9.279/96 –proteção das marcas, sinais distintivos e seus contornos–, sendo inafastável a proteção do *trade dress* e vedação da concorrência desleal. Assim, foi acolhida em parte a pretensão da Nestlé para que a *Fine* Cosméticos se abstenha de comercializar o referido produto e que pague indenização por dano material a ser fixado na fase de liquidação de sentença.

Outro caso parecido envolveu a Intercontinental *Great Brands LLC/ Mondelez* Brasil Ltda e a *Fine* Cosméticos Ltda, *Portier* Cosméticos Ltda e *Light Hair* Industria e Comércio de Cosméticos Ltda ³², a Intercontinental e Mondelez Brasil detém os direitos do conjunto imagem do Fermento Royal e que foi usando indevidamente pelas *Fine* Cosméticos, *Portier* e *Light Hair* na embalagem para produtos capilares. A sentença julgou procedentes os pedidos da Intercontinental e Mondelez para que *Fine*, *Portier* e *Light Hair* se abstenham de fabricar, estocar, vender e divulgar seus produtos com o conjunto imagem –*Trade dress*– do produto Fermento Royal. Também foi estipulado danos materiais a ser apurado na fase de liquidação de sentença nos termos do art. 210 da Lei nº 9.279/96.

Nessa esteira, a *Heinz* Brasil S/A moveu ação contra *Portier* Cosméticos Ltda³³, no qual houve a utilização do conjunto imagem das embalagens da *Heinz* Brasil nas embalagens de cosméticos fabricadas pela *Portier*. Em sede de agravo de instrumento³⁴, a *Heinz* conseguiu liminar para proibir a *Portier* de usar o conjunto imagem de seus produtos. O processo segue pendente de decisão.

Já no litígio entre a *Moët Hennessy* do Brasil - Vinhos e Destilados Ltda. e a *De Sirius* Cosméticos Ltda - EPP.³⁵ Houve a utilização indevida do conjunto de imagem das garrafas de

32 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1007561-88.2019.8.26.0100*. Relator: Desembargador Azuma Nishi. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1007561-88.2019&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=1007561-88.2019.8.26.0100&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

33 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 1007719-45.2019.8.26.006*. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1007719-45.2019&foroNumeroUnificado=0068&dePesquisaNuUnificado=1007719-45.2019.8.26.0068&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

34 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2153422-97.2018.8.26.0000*. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1007719-45.2019&foroNumeroUnificado=0068&dePesquisaNuUnificado=1007719-45.2019.8.26.0068&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

35 BRASIL. 32ª Vara Cível de São Paulo. *Processo nº 1104243-18.2013.8.26.0100*. Juiz Fábio de Souza Pimenta. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000B8CU0000&processo.Foro=100&processo.numero=1104243-18.2013.8.26.0100&uuiidCaptcha=sajcaptcha_f92047cbeea14051abbb795797bf8e95>. Acesso em: 13 mar. 2022.

vinhos –*Veuve Clicquot*– da *Moët Hennessy* do Brasil pela De Sirius em suas embalagens de cosméticos – *Clericot*–. Porém, houve acordo homologado pela sentença no qual a De Sirius reconheceu o direito da marca da *Moët Hennessey* e se comprometeu a cessar a venda do produto.

Caso parecido ocorreu com a Digeo Brasil Ltda. e Diageo Brands que moveram ação contra *Greenwood* Indústria e Comércio Ltda³⁶, na qual se pedia a cessação da fabricação, distribuição e comercialização do perfume *Fiorucci Lions* que usava elemento do conjunto imagem da linha de bebidas *Johnnie Walker*. Em sede liminar, o juízo determinou que a *Greenwood* não fabrique, distribua e comercialize o referido perfume. Posteriormente, ambas firmaram acordo no qual a *Greenwood* cessou a fabricação e comercialização do perfume.

Temos também o caso que envolveu as empresas *Warner Lambert Company* e *Warner Lambert* Indústria e Comércio Ltda. e a *Collection* Indústria de Cosméticos Ltda.³⁷. As indústrias *Warner-Lambert* –setor de goma de mascar e balas– moveu ação contra a *Collection* Indústria de Cosméticos –setor de higiene e perfumaria– no qual as primeiras detêm a titularidade da marca *Bubbaloo* e a segunda utilizou a expressão *Bubblicious* em seus produtos da linha infantil –sabonetes, perfumes etc.–, ficando caracterizado ilícito do aproveitamento parasitário, pois gerava confusão e associação indevida pelos consumidores.

Por fim, *Yahoo! Inc.* e *Yahoo! do Brasil Internet Ltda.* –*Web sites*– moveram ação contra a empresa *Arcor do Brasil Ltda.* –Setor de doces e balas–, tendo em vista que esta fabricava goma de mascar no Brasil com a expressão *Yahoo!*, que era comercializado na Argentina. Foi concedida tutela antecipada para que a *Arcor* continuasse a fabricar e comercializar os produtos. Os autores interpuseram Agravo de instrumento³⁸ no qual foi acatado a suspensão da fabricação do referido produto. Porém na sentença³⁹, os argumentos

36 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento nº 0444810-70.2012.8.19.0001*. Relator: Desembargador Roberto Guimarães. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CA3AF7BFB6D90B1769C6D478355438E1C502103A3424&USER=>>>. Acesso em: 13 mar.2022.

37 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível nº 0010302-28.2002.4.02.0000*. Relator: Desembargador Antonio Ivan Athie. Disponível em: <https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?cao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_nome_parte_publica&acao_retorno=processo_consulta_nome_parte_publica&num_processo=00103022820024020000&num_chave=&hash=6538e67948e67282a41f71047a0c0e8&num_chave_documento=>>. Acesso em: 11 Jun. 2022

38 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de instrumento nº 9035701-98.2002.8.26.0000*. Relator: Desembargador Carlos Renato de Azevedo Ferre. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=2391544500&tipoNuProc=SAJ>>>. Acesso em: 11 Jun. 2022.

39 BRASIL. Vara Distrital de Rio das Pedras. *Processo nº: 485/2001*. Juíza Gisela Ruffo. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ00AYWU0000>>>. Acesso em: 11 Jun 2022



dos autores foram rejeitados. Interposta a Apelação⁴⁰, os autores não lograram êxito. Também sofreram outra derrota no Superior Tribunal de Justiça⁴¹ entendeu que os litigantes não são concorrentes, portanto ausente danos emergentes ou lucro cessante, isso porque a violação da marca não tem reflexo direto nos negócios dos autores. Assim, o STJ manteve a decisão do Tribunal Paulista.

Com análise desses casos importantes, verifica-se que o judiciário entende ser possível a repressão das infrações quando envolve o conjunto imagem –*trade dress*–, mesmo que os agentes econômicos estejam em ramos de atividades diferentes, embora seja necessário a analisar caso a caso.

CONCLUSÃO.

Por todo o exposto, ficou claro que a CRFB/88 adotou o sistema capitalista que tutela a livre concorrência que é princípio constitucional da ordem econômica. Porém, são impostos limites a liberdade concorrencial com o intuito de buscar evitar abusos –concorrência desleal– e preservar a função social da empresa.

Porém, há aqueles que buscam alavancar seus produtos e tirar proveito da fama alheia sem esforços utilizando o aproveitamento parasitário –*free riding*–, que é o meio pelo qual um agente econômico de ramo de atividade diferente “veste-se” da marca ou conjunto imagem –*trade dress*– de outro agente econômico. Tal comportamento é contrário a boa-fé, a lealdade comercial e a livre concorrência.

Ressalta-se que os diversos julgados analisados para elaboração da pesquisa utilizam de forma errônea os termos aproveitamento parasitário e concorrência parasitária. Ambos estão dentro do campo concorrência desleal, sendo que o aproveitamento parasitário refere-se a usurpação de marca ou conjunto imagem de agentes econômicos de ramos de atividades diferentes e na concorrência parasitária a infração ocorre dentro do mesmo ramo de atividade. Portanto foram aproveitados os julgados que se enquadram no objetivo proposto do presente artigo.

40 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 9113731-79.2004.8.26.0000*. Relator: Desembargador Marcus Andrade. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=UNIFICADO&dePesquisa=3483664401&tipoNuProcesso=SAJ>>. Acesso em: 11 Jun. 2022.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1232658/SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201100099110>. Acesso em: 11 Jun. 2022.

Constatou-se que não existe previsão legal expressa sobre a proteção ao *trade dress*, mas os julgados analisados entendem ser necessário a sua proteção, utilizando a CRFB/88 e a Lei nº 9.279/96 desde que presentes os pressupostos para repressão da concorrência desleal, conforme analisado no capítulo 1.

A pesquisa possibilitou aferir que as condutas caracterizadas como crime de concorrência desleal estão tipificado no art. 195 da Lei nº 9.279/96, cujo rol é taxativo e que é comum utilizar o art. 195, inc. III da Lei nº 9.279/96 para proteção ao *trade dress*. Porém, nos casos de aproveitamento parasitário não há desvio de clientela, tendo em vista que estão em ramos de atividades diferentes. Assim, o artigo supracitado não pode ser utilizado, restando como alternativa o art. 209 do mesmo diploma legal, fazendo com que o prejudicado por ato desleal não previsto na Lei nº 9.279/96 possa requerer perdas e danos na esfera civil.

Assim, se a imitação é capaz de confundir o consumidor, acarretando a diluição –por distintividade ou depreciação– do conjunto imagem, deve-se reprimir com o fim de proteção aos direitos de propriedade intelectual com base no art. 209 da Lei nº 9.279/96.

Portanto, a resposta da problemática proposta pela presente pesquisa é no sentido de que a jurisprudência não conta com parâmetros concretos para proteger o conjunto imagem – *trade dress*– por meio da legislação que coíbe a concorrência desleal. Para solucionar tal omissão, se faz necessário a criação de varas especializadas, como ocorre em alguns Estados, sendo uma alternativa para auxiliar os julgadores na falta de conhecimento técnico sobre o tema. Constatou-se também a ausência de requisitos unânimes e a falta de critérios padronizados tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina para proteção do *trade dress*, sendo necessário uma construção doutrinária maior sobre o tema para que sirva de base para consolidar a jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALBERTACCI, Laura Abbott. *Trade dress: o que é trade dress e aproveitamento parasitário - proteja sua empresa de concorrentes*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/96447/trade-dress-o-que-e-trade-dress-e-aproveitamento-parasitario#:~:text=O%20trade%20Dress%20%C3%A9%20um,v%C3%Adtimas%20de%20tais%20circunst%C3%A2ncias%20maliciosas.>> Acesso: 25 fev. 2022.

BARBOSA, Danis Borges. *Do trade dress e suas relações com a significação secundária*. Disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12503132/do-trade-dress-e-suas-relacoes-com-a-significacao-secundaria>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. *A Concorrência Desleal e sua Vertente Parasitária*. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/concorrenca_desleal_vertente_parasitaria.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021



_____. *Uma introdução a propriedade intelectual*. 2 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. *Convenção da União de Paris*. Disponível em: <<https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf>> . Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. *Decreto nº 1.335*, de 30 de Dezembro de 1994. Disponível em: <<https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso: 20 jun. 2021.

_____. *Decreto nº 635*, de 21 de Agosto de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0635.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. *Decreto Lei 2.848*, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. *Lei nº 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1093251-56.2017.8.26.0100*. Relator: Ricardo Negrão. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1093251-56.2017&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=1093251-56.2017.8.26.0100&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1060991-26.2017.8.26.0002*. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1060991-26.2017&foroNumeroUnificado=0002&dePesquisaNuUnificado=1060991-26.2017.8.26.0002&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=40>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1007561-88.2019.8.26.0100*. Relator: Desembargador Azuma Nishi. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1007561-88.2019&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=1007561-88.2019>>



9.8.26.0100&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO> . Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n° 1007719-45.2019.8.26.006*. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1007719-45.2019&foroNumeroUnificado=0068&dePesquisaNuUnificado=1007719-45.2019.8.26.0068&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n° 2153422-97.2018.8.26.0000*. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1007719-45.2019&foroNumeroUnificado=0068&dePesquisaNuUnificado=1007719-45.2019.8.26.0068&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>> . Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. 32ª Vara Cível de São Paulo. *Processo n° 1104243-18.2013.8.26.0100*. Juiz Fábio de Souza Pimenta. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000B8CU0000&processo.Foro=100&processo.numero=1104243-18.2013.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_f92047cbeea14051abbb79_5797bf8e_95>. Acesso em: 13 mar. 2022.

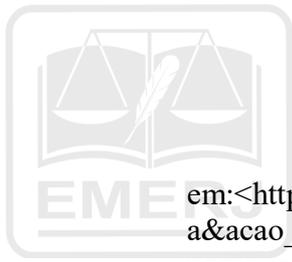
_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de instrumento n° 9035701-98.2002.8.26.0000*. Relator: Desembargador Carlos Renato de Azevedo Ferre. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=2391544500&tipoNuProcesso=SAJ>>. Acesso em: 11 Jun. 2022.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n° 9113731-79.2004.8.26.0000*. Relator: Desembargador Marcus Andrade. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=3483664401&tipoNuProcesso=SAJ>>. Acesso em: 11 Jun. 2022.

_____. 32ª Vara Cível de São Paulo. *Processo n° 1104243-18.2013.8.26.0100*. Juiz Fábio de Souza Pimenta. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000B8CU0000&processo.Foro=100&processo.numero=1104243-18.2013.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_f92047cbeea14051abbb79_5797bf8e_95>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento n° 0444810-70.2012.8.19.0001*. Relator: Desembargador Roberto Guimarães. Disponível em: <<http://www1.trj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CA3AF7BFB6D90B1769C6D478355438E1C502103A3424&USER=>>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível n° 0010302-28.2002.4.02.0000*. Relator: Desembargador Antonio Ivan Athie. Disponível



em:<https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_nome_parte_publica&acao_retorno=processo_consulta_nome_parte_publica&num_processo=00103022820024020000&num_chave=&hash=6538e67a948e67282a41f71047a0c0e8&num_chave_documento=>>. Acesso em: 11 Jun. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1232658/SP*. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em:<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201100099110>. Acesso em: 11 Jun. 2022.

_____. Vara Distrital de Rio das Pedras. *Processo nº: 485/2001*. Juíza Gisela Ruffo. Disponível em:<<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.Foro=990&processo.codigo=RMZ00AYWU0000>>. Acesso em: 11 Jun 2022.

CARVALHO, Renato Prado. *Aspectos parasitários da concorrência desleal*. 2016. Artigo (Graduação em Direito) – Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2016.

CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. *As novas marcas visuais à luz dos princípios do direito comercial*. 2016. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL SOCIAL SCIENCE AND LAW. *Two Pesos v. Cabana*. Disponível em: <https://courses2.cit.cornell.edu/sociallaw/student_projects/Tradedresspage2.html>. Acesso: 12 out. 2021.

HOLANDA, Anne Caroline Lapa de. *Trade dress, aproveitamento parasitário e concorrência –um difícil equilíbrio*. Disponível em: <<https://www.daniel-ip.com/pt/professional-profile/anne-holanda-2/>>. Acesso: 25 fev. 2021.

OLIVEIRA, Luiz Gustavo Mira. *Marcas famosas e aproveitamento parasitário*. Disponível em: <<https://riccipi.com.br/marcas-famosas-e-aproveitamento-parasitario/>>. Acesso em: 26 fev. 2022.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro – empresa e atuação empresarial*. Atlas, 2019.

SILVA, Alberto Luís Camalier da. *Concorrência Desleal: atos de confusão*. São Paulo: Saraiva, 2013

SOARES, José Carlos Tinoco. *Concorrência desleal vs. trade dress e/ou conjunto imagem*. São Paulo: Editora Tinoco Soares, 2004.

SCHMIDT, Lelio Denicoli. *A distintividade das marcas: Secondary meaning, vulgarização e teoria da distância*. São Paulo: Saraiva. 2013

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

O PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO GARANTIA MÍNIMA DO ACUSADO NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Silas Lima

Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Advogado.

Resumo – O procedimento de identificação de pessoas muito é utilizado pelo poder público com o objetivo de reconhecer o suspeito de um crime. Trata-se de meio de prova testemunhal que depende da memória humana. A recordação de um evento ocorrido no passado, além de poder ser distorcida por diversos fatores, sofre influência de aspectos subjetivos por parte daquele que o presenciou. Por essa razão, é imprescindível que essa espécie de prova seja produzida de acordo com as regras e formalidades estabelecidas no Código de Processo Penal. Caso contrário, há o risco de ser violado o direito à liberdade de um inocente. Assim, pretende-se com esse trabalho demonstrar a necessidade de estrita observância às regras processuais atualmente existentes, quando da realização do procedimento, bem como demonstrar a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer garantias mínimas a um acusado.

Palavras-chave – Processo Penal. Prova testemunhal. Reconhecimento de pessoas. Devido processo legal. Direitos fundamentais do acusado.

Sumário – Introdução. 1. A problemática do reconhecimento de pessoas e a sua (in)observância pelo juízo da instrução 2. O procedimento contido nos artigos 226 e seguintes do CPP e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema. 3. A obrigatoriedade da garantia mínima do procedimento para a efetivação do devido processo legal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o procedimento de reconhecimento de pessoas, previsto no âmbito do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República de 1988. A “constituição cidadã” trouxe garantias fundamentais que regem toda a sistemática processual no ordenamento jurídico. O devido processo legal é uma dessas garantias. Atentos a isso, os tribunais superiores pautam os julgamentos de casos concretos no respeito à garantia mínima dos acusados em processo criminal.

O procedimento de reconhecimento de pessoas está previsto em três artigos do CPP. Muito embora tal procedimento não seja detalhado quanto às providências que o operador do direito deva adotar, coube aos tribunais superiores dizerem o que é vedado ou permitido. Dessa maneira, não se pode olvidar da importância do devido processo legal em matéria processual penal.

Objetiva-se, com esta pesquisa, discutir a ausência de regras que regulamentem o procedimento formal, o desrespeito ao reconhecimento de pessoas previsto no artigo 226 do

Código de Processo Penal e as consequências jurídicas advindas dessa falha. Constatase, faticamente, que a ausência de regulamentação específica na lei acerca do procedimento formal de reconhecimento de pessoas ocasiona injustiças sociais e pode privar o direito de liberdade de pessoas inocentes.

O primeiro capítulo deste trabalho tem enfoque na observância ou inobservância do procedimento de reconhecimento de pessoas previsto no âmbito do Código de Processo Penal. Faz –se necessário ter em vista, no reconhecimento de pessoas, o respeito ao procedimento formal, seja ele feito na fase de investigações preliminares - na delegacia policial - seja na fase instrutória, perante o juízo criminal competente. Isso porque o desrespeito ao referido procedimento viola garantia ímpar preceituada na Constituição da República.

No segundo capítulo da pesquisa, é abordado como o assunto é enfrentado pela jurisprudência que prevê o procedimento como garantia mínima para o acusado no curso da persecução criminal. O desrespeito às regras prevista na legislação pode acarretar injustiças processuais, bem como pode ocasionar o cerceamento da liberdade de um inocente.

Questiona-se até que ponto a inobservância do procedimento formal de reconhecimento de pessoas, tanto na fase de inquérito, quanto na fase judicial, caracteriza violação do princípio do devido processo legal. Indaga-se se é possível sustentar que as falsas memórias, no âmbito da psicologia jurídica, podem acarretar a condenação de uma pessoa inocente. Neste sentido, há análise do *Habeas Corpus* nº 598.886 do Superior Tribunal de Justiça que invalidou a condenação de uma pessoa feita a partir do reconhecimento de pessoas feito na modalidade fotográfica, sem observância da formalidade do procedimento.

No terceiro capítulo é abordado a obrigatoriedade da garantia mínima do procedimento para a efetivação do devido processo legal. É perquirido se há necessidade de implementação de mudanças legislativas no que se refere à alteração do reconhecimento de pessoas, ou se as regras gerais presentes no CPP são suficientes na garantia mínima do acusado.

Vislumbra-se, portanto, análise da necessidade ou não de uma garantia mínima no procedimento de reconhecimento de pessoas para a efetivação do devido processo legal, com estudo da necessidade de alteração no sistema normativo para dispor sobre o cabimento, as hipóteses e a formalidades do reconhecimento de pessoas de forma equânime.

A presente pesquisa possui natureza exploratória, uma vez que visa observar e explicitar o problema mencionado, sendo desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Proposições hipotéticas foram examinadas ao longo do presente artigo científico, com o fito de desenvolvimento do raciocínio argumentativo.

A metodologia de base é pautada pelo levantamento de pesquisa bibliográfica atinente à matéria em análise, com consulta a legislação brasileira, a doutrina, por intermédio de livros e artigos científicos, bem como a utilização da jurisprudência, com exame de decisões do Superior Tribunal de Justiça.

1. A PROBLEMÁTICA DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E A SUA (IN)OBSERVÂNCIA PELO JUÍZO DA INSTRUÇÃO

O Código de Processo Penal traz, em sua sistemática, a busca da verdade real pelo magistrado. Neste sentido, é incumbência do juiz manifestar-se acerca das provas produzidas pelas partes sob o crivo do contraditório, bem como se elas são suficientes para a formação de seu convencimento. Grinover¹ entende que o juiz “se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado”.

É o juiz que possui os poderes instrutórios em âmbito penal. É de incumbência do magistrado comandar a gestão da prova no processo penal. Por tal razão, o reconhecimento de pessoas - previsto nos artigos 226² e seguintes da sistemática processual - possui regras que devem ser observadas perante o juízo da instrução criminal, uma vez que a sua inobservância pode acarretar grave violação à Constituição da República de 1988³ que estabelece, no bojo do seu artigo 5º e ao longo dos seus setenta e nove incisos, direitos fundamentais inerentes a todas as pessoas.

Preceitua a lei que a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida. Além do mais, a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, se possível, convidando a vítima a apontar o acusado.

Na hipótese da vítima ter receio de fazer o reconhecimento, em razão de intimidação ou outra influência, ou não diga a verdade na frente da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade policial deve providenciar para que ela não seja vista pelo acusado. Em juízo, tal regra não tem

¹GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, Distrito Federal, p.15-26, jan./jul.2005. Disponível em <<https://carceropolis.org.br/media/publicacoes/RevistaCNPCP18.pdf#page=15>> Acesso em: 19 out. 2021.

²BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689/Compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2022.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 08 mar. 2022.

obrigatoriedade de aplicação durante a instrução criminal. Estabelece o Código de Processo Penal, além disso, que o ato de reconhecimento deve ser lavrado em auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

A Constituição da República, no bojo do seu artigo 5º, inciso XXXV⁴, disciplina que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito”. Por essa razão, a garantia de acesso à justiça condiciona o direito de pleitear a devida prestação jurisdicional, conforme os fatos e fundamentos jurídicos da ação penal.

De acordo com o entendimento de Aury Lopes Junior⁵, a ação deve ser compreendida como “um poder político constitucional de acudir aos tribunais para formular a pretensão acusatória. É um direito constitucionalmente assegurado de invocar e postular a satisfação da pretensão acusatória”. Portanto, ao tratar da pretensão acusatória, é possível observar que esta se trata de um direito potestativo, no qual o Ministério Público acusa alguém, sob o argumento de que há indícios de autoria e materialidade, com a obrigação imposta constitucionalmente de apresentar informações suficientes para análise jurisdicional.

É inegável que o reconhecimento de pessoas é tido como meio de prova no âmbito do processo penal. Não é atoa que se encontra localizado topograficamente no título das provas do Código de Processo Penal. Muito utilizado na fase de investigação policial, o reconhecimento formal precisa ser confirmado em juízo.

O entendimento jurisprudencial firmado ao longo dos últimos anos foi no sentido de que o artigo 226 do Código de Processo Penal⁶ estabelecia meras recomendações no tocante ao reconhecimento de pessoas, e não exigências legais. Tanto que os julgados se posicionavam no sentido de que a inobservância das formalidades previstas nesse artigo não invalidaria o reconhecimento do réu.

A partir do ano de 2019, contudo, ocorre significativa mudança na jurisprudência com o firme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que o reconhecimento fotográfico em sede policial, não ratificado em juízo, consiste em prova insuficiente para ensejar a condenação do acusado em matéria penal.

Na ocasião, a ministra relatora Laurita Vaz⁷ aduziu que a prova utilizada pelo juízo para

⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 768.

⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 488.495*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900045033&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 20 jan. 2022.

fundamentar a condenação de um acusado somente pelo reconhecimento fotográfico em sede policial consiste de extrema fragilidade. Mesmo que a inobservância das recomendações legais dispostas no art. 226 do Código de Processo Penal⁸ não dê causa a nulidade do ato, a inexistência de confirmação em juízo demonstra a sua insuficiência para embasar uma condenação quando não corroborada por outras provas produzidas em juízo.

Neste mesmo sentido, Lima⁹ entende que o valor probatório do reconhecimento de pessoas é relativo, sendo inviável que um decreto condenatório judicial esteja lastreado única e exclusivamente em um reconhecimento. Daí se se percebe, portanto, a importância da observância da observância da regra inserta no artigo 226 do Código de Processo Penal¹⁰.

Para Ramos¹¹, o reconhecimento de pessoas ou coisas é uma prova muito importante e, embora a simplicidade das regras a ela atinentes possa sugerir o contrário, tem uma aplicação muito intensa na fase de investigação dos crimes. O meio de prova influencia muito os magistrados, sendo, por vezes, decisivo tanto para condenar quanto para absolver. Importantíssimo que seja realizado absolutamente dentro das regras procedimentais, tanto para evitar manipulação por parte da autoridade, quanto para evitar que se frustre por detalhes técnicos que porventura não tenham sido observados.

Em relação às formalidades que são inerentes do reconhecimento de pessoas, faz-se necessário salientar que o artigo 228 do CPP¹² estabelece o reconhecimento realizado de forma separada quando várias pessoas forem chamadas, com o objetivo de evitar a comunicação entre elas.

O dispositivo acima mencionado trata na possibilidade de ter mais de um reconhecedor, na maioria das vezes vítimas de um crime. Estas vítimas devem manter-se afastadas, sem qualquer comunicação entre si, para que a verdade dos fatos não seja prejudicada na ocasião, bem como para que não haja interferências exteriores.

Aqui, cumpre aduzir que o reconhecimento de pessoas realizado na fase investigativa é feito de forma diversa na fase processual, uma vez que na primeira fase quem faz o reconhecimento não tem contato direto com o reconhecido, enquanto na fase processual, que trata da instrução criminal, essa medida não se aplica.

⁸BRASIL, op. cit., nota 2.

⁹LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2 ed. V.1. Niterói: Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 1002.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹RAMOS, João Gualberto Garcez. *Provas processuais penais em espécie*. 2020. Disponível em: <https://www.academia.edu/37832065/Provas_processuais_penais_em_esp%C3%A9cie> Acesso em: 20 jan. 2022

¹²BRASIL, op. cit., nota 2.

Eugênio Pacelli¹³ defende que o reconhecimento pode ser realizado também por intermédio da visualização de fitas de vídeo, em razão da possibilidade de se reconhecer o infrator do crime por gravações de vídeo. O reconhecimento feito por meio de meio fotográfico, de acordo com o doutrinador, não possui nenhum valor probatório, podendo ser utilizado somente em casos excepcionais.

O Superior Tribunal de Justiça se posiciona, atualmente, que o reconhecimento de pessoas realizado pelo reconhecedor durante a instrução criminal em desrespeito ao procedimento previsto no artigo 226 do CPP¹⁴ não consiste em evidência segura da autoria de um crime, o que inviabiliza um decreto condenatório.

Aury Lopes Junior¹⁵ afirma que o reconhecimento de pessoas consiste em uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que em se tratando de matéria processual penal, o respeito a forma é uma garantia, não havendo espaço para informalidades judiciais.

Sustenta o autor que eventuais decisões arbitrárias simplificações no referido procedimento constitui desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito constitucional de não fazer prova contra si mesmo. Assevera que “por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do livre convencimento do julgador, a prática pode ensejar nulidade”.

Após essas explicações, faz-se necessário afirmar que comuns são os casos envolvendo a inobservância dos requisitos legais estabelecidos no artigo 226 do Código de Processos Penal, o que acaba acarretando, pela defesa técnica do acusado, o requerimento de nulidade no tocante ao ato formal de reconhecimento.

A título de exemplo, a doutrina brasileira faz minucioso estudo acerca das denominadas informalidades judiciais, em que pese os atos de reconhecimentos informais serem admitidos com base no princípio do livre convencimento. Assim, o magistrado poderia questionar a vítima, em juízo, quanto ao reconhecimento ou não o réu como autor do delito.

Nesse sentido, Lopes Junior¹⁶ defende que não há reconhecimento quando o juiz simplesmente pede para a vítima virar e reconhecer o réu, única pessoa presente e algemada em audiência, pois , além de descumprir a forma, constitui um ato induzido. Em verdade, muito

¹³PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p 352.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁵LOPES JUNIOR, op. cit., p. 769.

¹⁶Ibid., p. 771.

embora essa prática seja reprovada pela doutrina, a indução da vítima ao erro e as falsas memórias produzidas são comuns nos tribunais brasileiros, o que prejudica o acusado e viola garantias processuais básicas estampadas na Constituição da República.

Portanto, a inobservância do procedimento previsto na lei ordinária pode ocasionar reconhecimentos frágeis e pouco confiáveis, o que acarreta em decisões judiciais que violam a Constituição da República, e, conseqüentemente, negam vigência ao o *in dubio pro reo*, princípio que norteia um Estado Democrático de Direito, em casos de razoável dúvida.

2. O PROCEDIMENTO CONTIDO NOS ARTIGOS 226 E SEQUINTE DO CPP E O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO TEMA

O Código de Processo Penal, promulgado em 1941, passou por inúmeras alterações. Atualmente, ele é interpretado à luz dos valores axiológicos da Constituição da República de 1988. Não obstante, as alterações legislativas no decorrer de oito décadas, o procedimento de reconhecimento de pessoas contido nos artigos 226, 227 e 228 do CPP¹⁷ nunca sofreu modificação por parte do poder legislativo. Trata-se de redação originária promulgada durante o governo de Getúlio Vargas.

O reconhecimento de pessoas constitui instrumento de prova no âmbito da sistemática processual penal. Impossível negar sua relevância. Contudo, o referido mecanismo pode servir para perpetuação de injustiças, caso não seja observada a formalidade em rigor.

Importante levantamento realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em conjunto com o Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais trouxe relevantes dados nesse sentido. O estudo realizado pelos órgãos constatou que foram realizadas ao menos 90 prisões ilegais baseadas no método de reconhecimento de pessoas, na modalidade de reconhecimento fotográfico, no período de 2012 a 2020. Dentre essas 90 prisões, 73 delas ocorreram no Estado do Rio de Janeiro. O estudo apontou, ainda, que 81% dos registros que contavam com informações sobre a raça dos acusados, indicavam que eles eram negros¹⁸.

O reconhecimento fotográfico, portanto, não basta, por si só, para determinar a prisão de um indivíduo. Recentemente, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que o reconhecimento fotográfico serve apenas como prova inicial.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁸O RECONHECIMENTO fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro. Disponível em: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/relat%C3%B3rio_sobre_rec_onhecimento_fotog%C3%A1fico_nos_processos_criminais_05.05.22.pdf>. Acesso em: 19 de jun. 2022.

Por tal razão, o referido meio de prova deve ser ratificado posteriormente quando do reconhecimento presencial¹⁹.

Ademais, a recomendação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o procedimento de reconhecimento de pessoas deve ser feito das duas formas: fotográfica e presencial. Não é admitido, em hipótese alguma, que o reconhecimento de pessoas seja realizado sem observância da exigência legal. Caso essas duas formas tiverem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância dos preceitos contidos no artigo 226, do CPP²⁰ e sem justificativa plausível para o descumprimento do rito legal, ainda que este reconhecimento seja confirmado em juízo, constitui reconhecimento falho e incapaz de permitir a condenação do acusado, sendo esta uma regra objetiva e de critério de prova. Portanto, conforme imposição legal, o reconhecimento de pessoas exige que o acusado seja colocado ao lado de outras pessoas que com ele tiverem qualquer semelhança, convidando-se a vítima do crime a apontá-lo.

Cumprе mencionar a manifestação do STJ no âmbito do Habeas Corpus n° 598.886/SC²¹, de relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, com a determinação de que o reconhecimento de pessoa - seja ele feito presencialmente ou por intermédio de fotografia - realizado na fase do inquérito policial, somente é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, desde que sejam observadas as formalidades previstas no artigo. 226 do Código de Processo Penal²². Na ocasião, o ministro determinou que todos os Tribunais de Justiça dos Estados fossem cientificados do teor daquela decisão²³.

A consequência dessa decisão do Superior Tribunal de Justiça trouxe imprescindível movimentação do poder judiciário fluminense, com o objetivo de concretizar a garantia constitucional do devido processo legal.

Por tal razão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no aviso da 2ª vice-presidência do TJRJ n° 01/2022, publicado em janeiro de 2022, referente ao procedimento administrativo SEI n° 2021-06117487, recomendou aos magistrados a reavaliarem as decisões em que a prisão preventiva de acusados, em processo penal, que tivessem sido decretadas com base

¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 694.083/PB*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102978957&dt_publicacao=>. Acesso em 19 de jun. 2022.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 598.886/SC*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020> Acesso em: 08 mar. 2022.

²²BRASIL, op. cit., nota 2.

²³BRASIL, op. cit., nota 21.

tão somente no reconhecimento fotográfico, realizado sem a observância do artigo 226 do CPP²⁴, ainda que os processos estejam suspensos, na forma prevista no artigo 366 do CPP²⁵.

O ato do judiciário fluminense considerou que o reconhecimento fotográfico não pode servir como prova em ação penal, mesmo que o reconhecimento seja confirmado em juízo, por não respeitar à formalidade exigida pela sistemática processual em vigor. Além disso, foi recomendado aos magistrados de primeiro grau a observância do devido procedimento probatório. Aduz o aviso que o juiz de primeiro grau pode se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o vício do reconhecimento fotográfico.

Noutro giro, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do HC nº 598.886/SC²⁶, conferiu nova interpretação ao artigo 226 do CPP²⁷. Além de superar o entendimento até então vigente de que o referido dispositivo legal constituiria mera recomendação, agora a desconformidade com a sistemática processual pode ensejar nulidade. Por essa razão, as formalidades contidas no art. 226 do CPP²⁸ constituem garantia mínima para as pessoas que se encontrem na condição de suspeito da prática de um crime.

Mais recentemente, em fevereiro de 2022, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP²⁹, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, e absolveu o indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido na modalidade de fotografia. Na ocasião, a nulidade do reconhecimento fotográfico foi declarada, juntamente com ausência de provas para a condenação. O ministro da suprema corte reportou-se ao decidido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC³⁰, no STJ. Além disso, foram fixados três pontos principais do reconhecimento de pessoas na corte guardiã da constituição.

O primeiro ponto é no sentido de que o reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, precisa necessariamente respeitar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal³¹, 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.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁵BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Aviso 2ª VP Nº 01/2022*. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultadje/consultaDJE.aspx?dtPub=11/01/2022&caderno=A&pagina=92>>. Acesso em 08 mar. 2022.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 21.

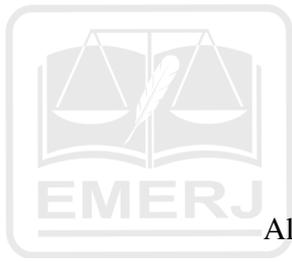
²⁷BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁸Ibid.

²⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 206.846/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.aspx?id=15351374758&ext=.pdf> Acesso em: 09 mar. 2022.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 21.

³¹BRASIL, op. cit., nota 2.



Além disso, o segundo ponto diz respeito a inobservância do procedimento descrito na norma processual, que torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, uma vez que esse recurso não será idôneo a fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, ainda que seja refeito e confirmado o reconhecimento em juízo. Desta feita, uma vez declarada a irregularidade do ato, eventual condenação proferida somente poderá ser mantida no caso de fundamentada em provas independentes e não contaminadas.

O terceiro ponto decorre no sentido de que a realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em razão da verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a ser vedado investigações genéricas e arbitrárias, o que pode ocasionar erros na verificação dos fatos.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de seu recente e, agora, reiterado posicionamento no sentido da preservação e respeito ao rito processual previsto em lei ordinária, manifesta-se, em suas decisões judiciais, em favor da defesa do Estado Democrático de Direito, garantindo o exercício efetivo do devido processo legal, sendo, dessa forma, uma decisão que visa resguardar direitos fundamentais inerentes aos jurisdicionados. A partir do ano de 2022, com base na decisão do Superior Tribunal de Justiça, também foi possível vislumbrar alguns precedentes neste mesmo sentido no Supremo Tribunal Federal.

3. A OBRIGATORIEDADE DA GARANTIA MÍNIMA DO RECONHECIMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme mencionado no capítulo anterior, parte da doutrina de processo penal sempre defendeu que a não observância das regras insertas no artigo 266 do Código de Processo Penal³² pode ensejar nulidade do processo em decorrência de vício na produção da prova. Isso porque a produção da prova sem respeitar o procedimento previsto na lei seria, assim, derivada de prova ilícita.

Nesta linha de pensamento, o entendimento de Lopes Jr.³³ é que “trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais”. O doutrinador salienta ainda que são arbitrárias alterações com vistas a simplificar ou alterar o procedimento, constituindo descaso à formalidade do ato probatório, violando regras do devido processo legal e,

³²BRASIL, op. cit., nota 2.

³³LOPES JUNIOR, op. cit., p. 772.

principalmente, negando vigência ao direito de não fazer prova contra si mesmo. Assim, conforme ressaltado, a prática de simplificar o rito estabelecido na legislação enseja nulidade.

Os tribunais não entendiam dessa forma, contudo. Pautavam-se no argumento gênerico do livre convencimento do julgador, conforme desaca Lopes Jr³⁴. A virada na interpretação da jurisprudência dos Tribunais Superiores somente se deu no ano de 2020 quando do julgamento da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* nº 598.886³⁵. O ministro Rogério Schietti Cruz, na ocasião, propôs interpretação conforme à Constituição do artigo 226 do CPP³⁶, e, naquela oportunidade, foi destacado o seguinte entendimento:

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.

O reconhecimento de pessoa somente por meio de fotos ainda é motivo de grande discussão, uma vez que se realiza por simples exibição do reconhecedor de fotos do suspeito são extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, que já são previamente selecionadas pela autoridade policial. Assim, mesmo quando se procura seguir – com adaptações, é claro – o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não é possível mensurar sua confiabilidade, uma vez que a qualidade da foto, a ausência de expressões e jeitos corporais e quase sempre a visualização apenas do rosto do sujeito são capazes de comprometer a segurança do ato.

O processo penal deve ser visto por um viés garantista e não inquisitorial, voltado para a busca da verdade real. Assim, pode-se influir que o reconhecimento feito pela vítima, na ocasião do inquérito policial, não é capaz de demonstrar seguramente a autoria do delito, justamente em razão da falibilidade da memória humana, que se submete aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de terceiros que podem gerar falsas memórias. Além disso, pode-se mencionar a influência que se dá em razão de diversos fatores, como, por exemplo, o trauma gerado na vítima em razão da gravidade do fato ou, ainda, o lapso temporal. Assim, se o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento for longo, pode haver a denominada falibilidade humana.

Dessa forma, em razão da falibilidade da memória, seja da vítima, ou seja, da testemunha de um crime, durante o procedimento inquisitorial deve ser seguido, com rigor os procedimentos

³⁴Ibid. p. 775.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 21.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 2.



descritos no art. 226 do CPP³⁷, de maneira a assegurar a melhor possível na identificação realizada.

Ademais, há de se mencionar a ressalva inserta no inciso II do art. 226 do CPP³⁸, no que diz respeito a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito sendo feito sempre que possível, devendo se devidamente justificada a impossibilidade, sob pena de invalidade do ato.

O magistrado Rogério Schietti Cruz, no bojo do *Habeas Corpus* nº 569.886³⁹, salienta, ainda, que a compreensão anterior dos tribunais que reconheciam a atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas não é admissível nos dias atuais. Em razão disso, não pode ser tolerado pelo poder judiciário o entendimento em que afirma ser o reconhecimento de pessoas mera recomendação do legislador, o que acaba por ocasionar a perpetuação de erros judiciários e, como consequência lógica, o acometimento de graves injustiças.

Por isso, a afirmação de que o reconhecimento fotográfico pode ser utilizado apenas como prova apenas inicial e devendo ser confirmado posteriormente com reconhecimento presencial, assim que possível é o posicionamento mais adequado. Assim sendo, no caso do reconhecimento tiver sido efetuado, em sede inquisitorial, sem a observância dos requisitos contidos no art. 226 do CPP⁴⁰ e sem justificativa adequada para o descumprimento do procedimento processual, ainda que o reconhecimento seja confirmado em juízo, o rito sem observar os ditames legais não poderá permitir a condenação, em razão da existência de regra objetiva e de critério de prova, que não coadunar com o restante do conjunto probatório produzido no processo durante a fase judicial.

O dispositivo legal supramencionado estabelece um procedimento e requisitos mínimos para que essa importante fonte de informações possa ter valor probatório, ainda que ela tenha sido produzida na fase inquisitorial, sem o contraditório judicial e na maioria das vezes sem o acompanhamento de um advogado ou mesmo do representante do Ministério Público. Por essa razão, não se poderia aceitar de nenhuma maneira a inobservância do procedimento probatório, de modo que é indispensável para que esse meio de prova produza seus efeitos no futuro convencimento judicial acerca da autoria delitiva.

A precariedade da prova em razão do reconhecimento pessoal quando é realizada por exibição ao reconhecedor de fotografia ainda é questionada por parte da doutrina, uma vez que as fotos são, na maioria das vezes, escolhidas anteriormente pela autoridade policial, sejam fotos

³⁷Ibid.

³⁸Ibid.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 21.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

selecionadas por registros já existentes na unidade policial, sejam por imagens obtidas pela internet e até mesmo fotos oriundas das redes sociais.

Nesse sentido, a posição de Badaró⁴¹:

O reconhecimento pessoal já foi apontado como a mais falha e precária das provas. A principal causa de erro no reconhecimento é a semelhança entre as pessoas. A avaliação do valor probatório do reconhecimento envolve um fator essencial: o confronto entre a descrição antecipadamente feita e os traços físicos da pessoa identificada. Por isso, é necessária a estrita observância do procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP, para que o reconhecimento pessoal possa ser valorado como prova. O reconhecimento fotográfico tem sido aceito como meio de prova válido, desde que não seja possível a realização do reconhecimento pessoal. O principal argumento para a aceitação do reconhecimento fotográfico é, justamente, que se trataria de um “meio de prova atípico”. Todavia, o reconhecimento fotográfico não é prova atípica, mas um meio de prova irritual, que vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida pela comparação fotográfica. Não se trata, pois, de um simples caso de prova atípica, que seria admissível ante a regra do livre convencimento judicial. As formalidades de que se cerca o reconhecimento pessoal são a própria garantia da viabilidade do reconhecimento como prova, visando a obtenção de um elemento mais confiável de convencimento.

Portanto, assim como na lição de Badaró⁴² imprescindível se faz a estrita observância do procedimento previsto em lei para garantir um processo justo, democrático ao acusado da seara criminal, fazendo do instituto de reconhecimento de pessoas um elemento de prova confiável e idôneo que coaduna com o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, é possível afirmar que o respeito à formalidade do reconhecimento de pessoas prevista em lei, trata-se de não só exigência legal, mas também garantia mínima do acusado durante a persecução penal.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou a analisar a necessidade de controle e fiscalização sobre procedimentos de identificação de pessoas, ocorridos não só em âmbito da investigação penal, mas também em juízo. Deve ser levado em consideração a incerteza e a fragilidade desse meio de prova, uma vez que o reconhecimento de pessoas depende de algo muito subjetivo e impreciso, que é a memória humana.

A inobservância das normas previstas na sistemática processual, além de violar o devido processo legal, pode ocasionar prejuízos ao acusado em um processo criminal. Injustiças ocorrem. Há estudos científicos que apontam que a recordação humana possui um alto grau de falibilidade, bem como no sentido da reconstrução de um evento ocorrido no passado pode ser influenciada

⁴¹BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 490-491.

⁴²Ibid, p. 491.



por aspectos subjetivos daquele que o presenciou.

Para que haja credibilidade da prova oriunda do reconhecimento, deve ser observado o rito solene imposto pela lei. As estatísticas não mentem: pessoas negras são as principais vítimas de injustiças e são acusadas de crimes que sequer cometeram. Dessa forma, faz-se necessário que se tenha muita cautela na produção de provas testemunhais.

Pôde-se observar, no decorrer desse trabalho, que a providência prevista em lei como colocar na roda de reconhecimento o suspeito com outras pessoas parecidas com ele, é a regra. Fica evidente a imprescindibilidade do respeito à formalidade, no contexto do reconhecimento de pessoas, a fim de garantir ao acusado seus direitos fundamentais. Para isso, indispensável a presença do advogado de defesa quando da execução do procedimento, como meio de assegurar observância das formalidades, uma vez que ao acusado é garantido o contraditório e amplitude de defesa.

Percebe-se, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça avançou seu entendimento no tocante ao procedimento de identificação de pessoas. A prática judiciária não pode ignorar as regras que disciplinam o procedimento legal - que antes eram meras recomendações - e atualmente constituem uma espécie de garantia mínima. Por isso, as provas oriundas desses procedimentos não são mais aceitas para fundamentar sentenças condenatórias, se forem produzidas isoladamente.

Portanto, o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao invalidar o reconhecimento de pessoas - que não respeita a formalidade legal - coaduna com as garantias constitucionais. Ao impor rigor técnico quando da realização do referido meio de prova, o STJ, como guardião da interpretação da legislação federal, reafirma o respeito ao devido processo legal, bem como assegura os direitos básicos inerentes a um acusado.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constibr/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 488.495*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900045033&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 20 jan 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 694.083/PB*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102976957&dt_publicacao=29/11/2021> Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 598.886/SC*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020> Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 206.846/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351374758&ext=.pdf>> Acesso em: 09 mar. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Aviso 2ª VP N° 01/2022*. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultadje/consultaDJE.aspx?dtPub=11/01/2022&caderno=A&pagina=92>>. Acesso em 08 mar. 2022.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, Distrito Federal, p.15-26, jan./jul.2005. Disponível em <<https://carceropolis.org.br/media/publicacoes/RevistaCNP/CP18.pdf#page=15>> Acesso em: 19 out. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2 ed. v.1. Niterói: Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 1002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Provas processuais penais em espécie*. 2020. Disponível em: <https://www.academia.edu/37832065/Provas_processuais_penais_em_espe%C3%A7ie> Acesso em: 08 mar. 2022.

RELATÓRIO consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial. Disponível em: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/consolidada%C3%A7%C3%A3o_relat%C3%B3rio_CONDEGE_e_DPERJ_reconhecimento_fotogr%C3%A1fico.pdf> Acesso em: 08 mar. 2022.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.



O RECONHECIMENTO fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro. Disponível em: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/relat%C3%B3rio_sobre_reconhecimento_fotog%C3%A1fico_nos_processos_criminais_05.05.22.pdf>. Acesso em: 19 de jun. 2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

Silvia Marques Sá

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – o Código Civil brasileiro não contempla expressamente a responsabilidade civil pré-contratual, deixando uma lacuna quanto a possibilidade de indenização pelo rompimento injustificado das tratativas preliminares. Nesse sentido, surgiram diversos fundamentos doutrinários e jurisprudências sobre o tema capazes de viabilizar a aplicação da responsabilidade civil na fase pré-contratual. A presente pesquisa visa a análise da doutrina da *culpa in contrahendo* surgida em 1861 e aplicada a diversos ordenamentos jurídicos europeus, bem como do princípio da boa-fé objetiva e suas funções e deveres, sendo os principais fundamentos jurídicos apontados pela doutrina e jurisprudência pátria. Diante disso, o artigo busca dirimir as controvérsias quanto a aplicação da responsabilidade pré-contratual.

Palavras-chave – Responsabilidade civil pré-contratual. Culpa *in contrahendo*. Princípio da boa-fé objetiva. Rompimento inesperado e injustificado das negociações.

Sumário – Introdução. 1. A formação dos contratos pelo código civil e aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas fases contratuais. 2. Notas de direito comparado em matéria de responsabilidade civil pré-contratual. 3. A responsabilidade civil pré-contratual e o princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho evidência a temática da responsabilidade civil na fase pré-contratual no ordenamento jurídico brasileiro. Procura-se demonstrar se é possível ou não responsabilizar a parte que, inesperadamente e injustificadamente, rompe as negociações preliminares, não pactuando o contrato em negociação, mesmo após gerar legítima expectativa.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos são aplicáveis a fase pré-contratual de forma a justificar a responsabilização, com a devida indenização, nas hipóteses de rompimento abrupto e injustificado na fase pré-contratual.

O tema assume importante papel na sociedade na medida em que busca trazer segurança jurídica para as negociações preliminares, assegurando o direito da parte que gerou expectativa legítima, em razão do comportamento da outra, de que o contrato seria celebrado.

Devido ao fato do Código Civil ser omissivo e a jurisprudência ainda não ter critérios objetivos sobre o tema, mostra-se necessário o debate para consolidar a viabilidade jurídica da

responsabilidade civil pré-contratual respaldada no princípio da boa-fé objetiva, conforme vem se consolidando na doutrina e na jurisprudência.

Para melhor compreensão do tema, busca-se diferenciar as negociações preliminares do contrato preliminar, uma vez que neste há contrato que estabelece obrigação de fazer, em geral a celebração de contrato definitivo (Ex.: promessa de compra e venda), já nas tratativas preliminares inexistente contrato. Na fase pré-contratual, as partes discutem, elaboram cálculos e a minuta do contrato.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as fases contratuais e a repercussão da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil nos contratos e no Direito Privado.

Segue-se, no segundo capítulo, trazendo notas de direito comparado em matéria de responsabilidade civil pré-contratual, demonstrando a aplicação da doutrina da *culpa in contrahendo* em diversos ordenamentos jurídicos e a incidência do princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos na fase pré-contratual, gerando responsabilidade civil aos negociantes.

O terceiro capítulo pesquisa a aplicação da responsabilidade civil a fase pré-contratual e do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Procura-se explicitar a responsabilidade civil pré-contratual ou responsabilidade por culpa *in contrahendo*, sendo aquela ensejadora de indenização por comportamento danoso de um dos negociantes antes da formalização do contrato, fundamentada através do princípio da boa-fé objetiva nas negociações preliminares.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa-quantitativa, pois, para a análise deste tema, são necessárias interpretações subjetivas e objetivas, teóricas e concretas. Assim, a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, com auxílio da legislação, da jurisprudência e de dados estatísticos.

A partir disso, será utilizado o método exploratório, a fim de validar as conclusões do presente artigo, sustentando fundamentadamente a hipótese defendida.

1. A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PELO CÓDIGO CIVIL E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS FASES CONTRATUAIS

Conforme melhor doutrina¹, é possível identificar quatro fases na formação dos contratos, quais sejam: a fase de negociações preliminares (pré-contratual), a fase de proposta,

¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2020, p. 940.

a fase do contrato preliminar e a fase do contrato definitivo. O trabalho discorrerá sobre cada uma delas com enfoque na responsabilidade civil na fase pré-contratual, de acordo com o Código Civil.

A fase pré-contratual é a fase inicial, por meio da qual ocorrem as negociações preliminares, as tratativas, as conversas sobre o contrato, onde as partes discutem, elaboram cálculos e a possível minuta do contrato preliminar ou definitivo.

Conforme ilustra Flávio Tartuce²:

[...] Essa fase não está prevista no Código Civil de 2002, sendo anterior à formalização da proposta, podendo ser também denominada fase de proposta não formalizada, estando presente, por exemplo, quando houver uma carta de intenções assinada pelas partes, em que elas apenas manifestam a sua vontade de celebrar um contrato no futuro.

Na fase preliminar, não se pode dizer que há qualquer vinculação entre os participantes quanto à celebração do contrato definitivo. Contudo, o artigo abordará mais adiante sobre a possibilidade de responsabilização contratual nessa fase do negócio jurídico, aplicando o princípio da boa-fé objetiva, o qual é inerente a toda e qualquer relação civil.

Sobre a fase de proposta, é possível dizer que é a fase em que há a formalização da oferta, sendo essa uma manifestação de vontade unilateral que produz efeitos ao ser recebida pela outra parte contratante.

Discorre Carlos Roberto Gonçalves³:

[...] Nem toda iniciativa ou manifestação de vontade no sentido de dar vida a um contrato é oferta em sentido técnico, mas só a declaração de vontade dirigida por uma parte à outra com a intenção de provocar uma adesão do destinatário à proposta. A oferta traduz uma vontade definitiva de contratar nas bases oferecidas, não estando mais sujeita a estudos ou discussões, mas dirigindo-se à outra parte para que a aceite ou não, sendo, portanto, um negócio jurídico unilateral, constituindo elemento da formação contratual.

Conforme afirma Gonçalves⁴, a proposta deve cumprir alguns requisitos essenciais à sua obrigatoriedade, quais sejam: a apresentação de todos os elementos essenciais do negócio proposto, como preço, quantidade, tempo de entrega, forma de pagamento; e redação séria, clara, completa, precisa e inequívoca, com linguagem simples e compreensível, de modo a representar a vontade inquestionável do proponente.

² Ibid, p. 941.

³ RUGGIERO apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 100.

⁴ Ibid., p. 100 a 101.

A parte que formaliza a proposta é chamada de policitante, proponente ou solicitante. Já a parte que recebe a proposta é chamado de *policitado, oblato ou solicitado*. Quando a proposta é aceita pelo oblato, ele passa a ser chamado de aceitante, o que gera o aperfeiçoamento do contrato. Cabe salientar que, o oblato poderá formular uma contraproposta, o que acaba por inverter os papéis: o proponente passa a ser oblato e vice-versa.

Ao formalizar a proposta, o proponente é obrigado a celebrar o contrato definitivo caso a outra parte aceite os moldes da proposta, sob pena de indenização por perdas e danos (art. 427, CC/2002). Isso porque, conforme afirma Carlos Roberto Gonçalves⁵, a formalização da oferta gera legítima expectativa no aceitante, podendo-o realizar despesas, projetos ou cessação de atividades, vinculando, assim, o ofertante que responde por perdas e danos em caso de rompimento injustificado.

Entretanto, conforme consagra o art. 428 do CC/2002, há hipóteses em que a proposta deixa de ser obrigatória: (i) proposta feita sem prazo a pessoa presente e não sendo imediatamente aceita, ressaltando que considera presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; (ii) proposta feita sem prazo a pessoa ausente, tendo decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; (iii) proposta feita a pessoa ausente, não tendo sido expedida a resposta dentro do prazo dado; e (iv) quando antes de chegar a proposta ou simultaneamente a chegada da proposta, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Ademais, em prestígio ao dever de informar corolário do princípio da boa-fé objetiva, o qual deve ser aplicado à fase de proposta, o art. 430 do CC/2002 prevê que caso a aceitação chegue tardiamente ao conhecimento do proponente, ele deve comunicar imediatamente ao aceitante, sob pena de responder civilmente.

Sobre a oferta ao público, é importante destacar que o art. 429 do atual Código Civil dispõe que “a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. Ou seja, a proposta feita ao público, realizada por meio de vitrines, anúncios etc., também obriga o proponente desde que a oferta ao público cumpra os requisitos da proposta. Além disso, conforme complementa o parágrafo único do art. 429 do CC, é possível revogar a oferta ao público, pela mesma via da divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada, isto é, desde que respeitado o dever de informar a outra parte.

⁵ Ibid., p. 100.

Cabe ressaltar que, a proposta se distingue da fase preliminar, uma vez que essa não tem o condão de vincular nenhuma das partes, haja vista que não passa de negociações sem força obrigatória, já a proposta é uma manifestação de vontade definitiva para a celebração do contrato, gerando obrigações ao proponente.⁶

Em seguida, tem a fase do contrato preliminar regulamentada nos dispositivos legais do art. 462 ao 466 do CC. Essa fase não é obrigatória, sendo dispensável quando as partes assim o desejarem. Um bom exemplo prático de contrato preliminar é a promessa de compra e venda, contrato esse pelo qual as partes se comprometem a celebrarem um contrato definitivo de compra e venda.

De acordo com Flávio Tartuce⁷:

[...] o contrato preliminar, exceto quanto à forma, terá os mesmos requisitos essenciais do contrato definitivo (art. 462 do CC). Em suma, o contrato preliminar exige os mesmos requisitos de validade do negócio jurídico ou contrato, previstos no art. 104 do CC, com exceção da forma prescrita ou não defesa em lei. Sendo assim, no caso de uma compra e venda de imóvel, de qualquer valor, o contrato preliminar dispensa a escritura pública. [...]

É importante salientar que as negociações preliminares não se confundem com o contrato preliminar uma vez que nesse há contrato que estabelece obrigação de fazer, em geral a celebração de contrato definitivo, já nas tratativas preliminares inexistente contrato. Na fase pré-contratual, as partes discutem, elaboram cálculos e a minuta do contrato, mas não celebram nenhum negócio jurídico.

Conforme cita Flávio Tartuce, Maria Helena Diniz⁸ entende que existem dois tipos de contratos preliminares: o compromisso unilateral de contrato ou contrato de opção e o compromisso bilateral de contrato.

No compromisso unilateral de contrato, apenas uma das partes assume a obrigação de celebrar contrato definitivo, deixando para a outra parte a opção de celebrar o contrato ou não, devendo se manifestar no prazo previsto ou, inexistindo prazo, no que for razoável para a parte obrigada. Um bom exemplo é o contrato de arrendamento mercantil ou leasing quando não há a antecipação ou o parcelamento do valor residual garantido. Isso porque, nesses contratos, é possível que o arrendatário do bem opte por comprá-lo, mediante o pagamento, ao fim do contrato de locação, do valor residual garantido.

⁶ Ibid., p. 101.

⁷ TARTUCE, op. cit., p. 949.

⁸ DINIZ apud ibid., p. 949 a 953.

Enquanto isso, no compromisso bilateral de contrato, ambas as partes assinam e assumem a obrigação de celebrar um contrato definitivo, podendo ter por objeto, assim como no compromisso unilateral de contrato, bens móveis e bens imóveis. No caso de bens imóveis, há uma ressalva a ser feita. No caso do compromisso ser registrado na matrícula do imóvel, estar-se-á diante de um direito real de aquisição do promitente comprador (art. 1.225, VII, art. 1.417 e art. 1.418 do CC), que gera uma obrigação de dar, enquanto, se não houver registro, estar-se-á diante de um compromisso bilateral de contrato com obrigação de fazer.

Os compromissos de contrato criam obrigações que caso não forem cumpridas geram indenização por perdas e danos, devendo ser paga pela parte que não cumpriu com a obrigação de celebrar o contrato definitivo, isso porque a fase de contrato preliminar é regida pelo princípio da boa-fé objetiva bem como por seus deveres anexos.

Por último tem a fase do contrato definitivo, a qual é a última fase da formação do contrato, é nessa fase que há o encontro de vontades possibilitado pela autonomia privada das partes⁹. Com a celebração do contrato definitivo, as partes se vinculam e se obrigam, gerando todas as consequências advindas do Código Civil e, se for o caso, do Código de Defesa do Consumidor.

Deve-se salientar, conforme faz Flávio Tartuce¹⁰, que na fase do contrato definitivo bem como em todas as outras fases do contrato, a boa-fé objetiva com todos os seus deveres anexos ou laterais deve ser aplicada, inclusive na fase pós-contratual.

2. NOTAS DE DIREITO COMPARADO EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

De acordo com Judith Martins Costa¹¹, a doutrina da responsabilidade civil pré-contratual ou por culpa *in contrahendo* foi apresentada pioneiramente pelo doutrinador alemão Rudolph Von Jhering que criou a noção de que há culpa *in contrahendo* toda vez que uma das partes tendo criado a outra convicção razoável de que o contrato seria firmado e injustificadamente rompe as negociações causa danos a outra parte.

Para resolver o problema do dano causado por rompimento injustificado de tratativas negociais ao sujeito que tinha legítima expectativa devido o comportamento da outra parte, Jhering se debruçou sobre o Direito Romano, haja vista que nem a lei e nem a doutrina davam

⁹ TARTUCE, op. cit., p. 953.

¹⁰ Ibid.

¹¹ COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 444.

a resposta. Na época, os raros autores que a versavam sobre o tema entendiam que não havia responsabilidade pelo rompimento de tratativas uma vez que o contrato não havia sido aperfeiçoado, não sendo possível aplicar os princípios da culpa contratual ou o da culpa aquiliana (extracontratual).

Rudolph Von Jhering, ao trazer a teoria para o caso prático teve à seguinte conclusão, conforme descreve Judith Martins Costa¹²:

[...] O famoso jurista havia pedido ao amigo, o qual estava de partida para Bremen, que encomendasse junto a um comerciante local um quarto de uma caixa de charutos. O amigo se enganou e encomendou quatro caixas. Estas lhe foram enviadas pelo comerciante, e Jhering as recusou. Ao mesmo tempo, questionou: o expedidor deveria custear o valor de duas expedições, ou poderia reclamar o reembolso, fosse ao intermediário, fosse ao próprio Jhering? A resposta que deu a si mesmo merece ser transcrita:

«Seria preciso, à força de submissão ao Direito Romano, ter sufocado toda a impulsão do sentimento jurídico sadio, para se contentar em dizer que, ausente o consentimento sobre a quantidade da mercadoria, o contrato não alcançara a perfeição, que, portanto, a ação contratual não seria absolutamente possível, e que, de outra parte, as condições da *actio legis Aquiliae* não estavam presentes. Quem não percebe que é preciso aqui uma ação de perdas e danos?» [...]

Jhering encontrou no Direito Romano casos em que era concedida espécie de perdas e danos ao prejudicado em certas hipóteses de venda nula de um bem ou nos casos de vício na pessoa do vendedor, isto é, a falta de uma condição que este deveria garantir após concluído o contrato.

Após todos esses estudos, o doutrinador alemão construiu a doutrina da responsabilidade por culpa *in contrahendo*, a qual foi prestigiada e incorporada em diversos diplomas legais de diversos países integrantes do Civil Law, tais como o Código Civil Alemão de 1896, o Código Civil Italiano de 1942, o Código Civil Português de 1966 e a Lei Alemã de Modernização do Direito das Obrigações de 2001¹³.

No Direito Alemão, a culpa *in contrahendo* de Jhering foi positivado no atual § 311, inc. 2 e 3 do BGB pela reforma de 2001, estabelecendo que na fase pré-contratual a parte prejudica tem direito de insurgir-se contra a parte que a fez criar legítima expectativa. *In verbis*¹⁴:

Section 311

Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions

¹² COSTA, op. cit., p. 446.

¹³ OLIVEIRA, Leonardo. A responsabilidade civil pré-contratual e a intervenção do poder público na autonomia privada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 2015, p. 184.

¹⁴ GERMANY. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 05 fev. 2022.

(1) *In order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute.*

(2) *An obligation with duties under section 241 (2) also comes into existence by*

1. *the commencement of contract negotiations*

2. *the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or*

3. *similar business contacts.*

(3) *An obligation with duties under section 241 (2) may also come into existence in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract. Such an obligation comes into existence in particular if the third party, by laying claim to being given a particularly high degree of trust, substantially influences the pre-contract negotiations or the entering into of the contract.*¹⁵

Sobre o Direito Português, Menezes Cordeiro¹⁶ afirma que a teoria da culpa *in contrahendo* trazida pelo Jhering influenciou o Código Civil Alemão (BGB 1896) e o Código Civil Português de 1966, trazendo o art. 227º/1¹⁷ que estabelece que tanto na fase pré-contratual como na fase contratual deve ser observado o princípio da boa-fé objetiva sob pena de responder por perdas e danos. Veja:

Artigo 227.º (Culpa na formação dos contratos) TEXTO 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498.º

Ademais, de acordo com Menezes Cordeiro¹⁸, a doutrina da culpa *in contrahendo* no direito lusitano veio, num primeiro momento, permitir o ressarcimento dos danos causados na fase pré-contratual a pessoas ou a bens e, num segundo momento, exigir a circulação, entre as

¹⁵ Seção 311

Obrigações criadas por negócio jurídico e obrigações semelhantes a negócios jurídicos

(1) Para criar uma obrigação por negócio jurídico e para alterar o conteúdo de uma obrigação, é necessário um contrato entre as partes, salvo disposição legal em contrário.

(2) Uma obrigação com deveres nos termos da seção 241 (2) também passa a existir por

1. o início das negociações do contrato

2. o início de um contrato em que uma das partes, no que diz respeito a uma potencial relação contratual, dá à outra parte a possibilidade de afetar seus direitos, interesses jurídicos e outros interesses, ou os confia a ela, ou

3. contatos comerciais semelhantes.

(3) Uma obrigação com deveres nos termos da seção 241 (2) também pode vir a existir em relação a pessoas que não se destinam a ser partes no contrato. Tal obrigação surge, em particular, se o terceiro, reivindicando um grau de confiança particularmente elevado, influenciar substancialmente as negociações pré-contratuais ou a celebração do contrato. (GERMANY. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Disponível em: https://www.gesetze-iminternet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 05 fev. 2022. Tradução livre).

¹⁶ CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil II*. Portugal: Grupo Almedina, 2021, p. 208.

¹⁷ PORTUGAL. *Código Civil Português*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49779075>. Acesso em: 05 fev. 2022.

¹⁸ CORDEIRO, op. cit., p. 216-218.

partes, de todas as informações necessárias para a contratação, isto é, dever de indenizar e dever de informação.

Em relação ao Direito italiano, conforme dispõe Menezes Cordeiro¹⁹, o Código Civil de 1942 acolheu expressamente a teoria da culpa *in contrahendo* no seu art. 1.337º, surgindo no início como o produto da recepção do pensamento jurídico alemão da terceira sistemática devido a falta de tradições práticas e de jurisprudência tímida.

Já no ordenamento jurídico francês, a responsabilidade civil pré-contratual nunca teve grande desenvolvimento, se limitando apenas a referenciar o pensamento da doutrina alemã, sendo a jurisprudência limitada e antigas, conforme expressa Menezes Cordeiro²⁰, veja:

[...] No espaço jurídico francês, a culpa *in contrahendo* nunca conheceu grande desenvolvimento; as referências que nele têm surgido e que, de modo manifesto, se filiam no pensamento alemão, não devem ser tomadas por um influxo profundo que pressuporia, no mínimo, repercussões jurisprudenciais. Algumas decisões judiciais com interesse, nessa matéria, datam dos finais do séc. XIX e não tiveram seguimento. A incipiência pode explicar-se pela feição central da sistemática francesa, pouco aberta a inovações de tipo periférico e por particularidades da técnica napoleônica da responsabilidade civil. Ainda hoje, a “responsabilidade pré-contratual” é, em França, reconduzida a um instituto de responsabilidade civil delitual. [...]

Diversamente aos países da *Civil Law*, os países que adotam a *Common Law* repelem a tese de que as negociações prévias possam gerar responsabilidade, isso porque nesses países o Direito Civil visa a proteção mais intensa da autonomia privada, tendo a atuação do Estado-juiz ainda mais restrita nas relações privadas e na autonomia da vontade. Nesses Estados soberanos, o juiz somente irá atuar quando uma das partes, vinculadas por sua própria vontade, descumpre suas obrigações em prejuízo da outra parte, ou seja, o Estado-juiz irá tutelar a força obrigatória do contrato, para que não haja insegurança jurídica²¹.

Do mesmo modo que os países que adotam a sistemática da *Civil Law*, o ordenamento jurídico brasileiro caminha junto para consagração da responsabilidade civil pré-contratual, respeitando a autonomia privada e a segurança jurídica, contudo não de forma absoluta, podendo sofrer algumas ponderações com valores igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, conforme se discorrerá mais adiante.

¹⁹ Ibid., p. 213.

²⁰ Ibid., p. 212.

²¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 184.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diferente de alguns diplomas estrangeiros, o Código Civil brasileiro de 2002 possui lacuna quanto à responsabilidade pré-contratual. Entretanto, como será demonstrado, a existência dessa lacuna legislativa não impede a aplicação da responsabilidade pré-contratual uma vez que há arcabouço jurídico para sua aplicação.

Tanto a jurisprudência quanto a doutrina pátria desenvolveram teses sobre o tema com bases em preceitos normativos presente no ordenamento jurídico brasileiro, o que possibilitou a aplicação de deveres de conduta aos contratantes na fase pré-contratual.

Antônio Chaves²², em 1959, publicou uma obra intitulada “Responsabilidade pré-contratual”, ainda sobre a égide do Código Civil de 1916 (também lacunoso sobre o tema), trazendo a ideia de que os negociantes teriam deveres na fase das tratativas, os quais seriam a responsabilidade pré-contratual. Juntamente com Chaves, Pontes de Miranda²³ sustentava que os homens têm o dever de se comportarem com honestidade e lealdade em todas as fases do contrato, inclusive na fase preliminar. Na jurisprudência, o STJ decidiu pela primeira vez sobre o tema em 1995²⁴ no RMS 6183/MG²⁵, nesse julgado o Min. Ruy Rosado aplicou a doutrina de Jhering.

Com o Código Civil de 2002 e o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, o tema recebeu mais base normativa, princípios antes absolutos no Direito Civil como a autonomia privada e a força obrigatória dos contratos perderam força para princípios como o da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual.

O princípio da boa-fé objetiva foi um dos grandes pilares para a fortificação da responsabilidade civil pré-contratual. Esse princípio, positivado nos arts. 113, 187 e 442 do Código Civil e no art. 51, IV, do CDC, impõe às partes a observância de um padrão ético socialmente exigível²⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, em 2013, atualizou a jurisprudência sobre a responsabilidade pré-contratual ao julgar um caso da BMW do Brasil LTDA. O processo²⁷

²² DONNINI apud *ibid.*, p. 185.

²³ MIRANDA apud *ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 6183/MG*, Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 14/11/1995, Quarta Turma. DJ 18/12/1995.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.051.065/AM*, Rel.: Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Julgamento: 21/02/2013, Terceira Turma. DJe 27/02/2013.

tratava do caso no qual uma determinada pessoa jurídica motivada por anúncio publicitário veiculado em jornal pela BMW do Brasil se interessou pela possibilidade ofertada no anúncio de instalar uma revendedora BMW em Manaus, endereçando correspondência à empresa BMW do Brasil.

Iniciadas as tratativas negociais, com diversos elementos indicando a futura formalização do contrato, como o envio de correspondência do diretor-presidente da BMW do Brasil, o resultado positivo da avaliação de documentos, encontro com o diretor-presidente da BMW em Manaus, convite e participação da parte em reuniões de revendedores, bem como o pagamento em prol de empresa de consultoria, a distribuidora de veículos rompeu com as tratativas inesperadamente e injustificadamente.

Ocorre que, a ex-candidata a revendedora ingressou com ação indenizatória contra a distribuidora de carros devido aos danos causados pela ruptura injustificada das tratativas. A distribuidora da famosa marca de carros alegou a inexistência de responsabilidade civil pré-contratual uma vez que o contrato não havia sido formalmente celebrado, existindo apenas uma expectativa de direito da outra parte.

O caso chegou ao STJ através do Resp. nº 1.051.065/AM²⁸ que afastou os argumentos da BMW, reconhecendo a responsabilidade dessa pelos danos causados pela ruptura abrupta das tratativas, fundamentando tal decisão no basilar princípio da boa-fé objetiva, gerando o dever de indenizar.

Desde então, a jurisprudência vem se consolidando através de decisões do STJ em diversos processos envolvendo a responsabilidade civil pré-contratual, onde reconhece sua existência, baseando todas suas decisões no princípio da boa-fé objetiva e suas funções, fazendo referência a Pontes de Miranda, Orlando Gomes e a doutrina estrangeira sobre o tema.

Sobre o princípio da boa-fé objetiva, esse emana uma tríplice função: interpretativa, corretiva e integrativa²⁹. A função interpretativa está prevista no art. 113 do CC/02 e consiste no trabalho do intérprete em usar como base na sua hermenêutica o princípio da confiança, isto é, o intérprete deve extrair do conteúdo o que melhor se adequa a legítima expectativa. Inclusive, o CJF editou o enunciado 26 e o 27, os quais dispõem sobre a função interpretativa da boa-fé objetiva. *In verbis*:

Enunciado 26, CJF: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

²⁸ Ibid.

²⁹ MATTIETTO apud OLIVEIRA, op. cit., p. 186-187.



Enunciado 27, CJF: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

Contudo, essa função unicamente não fundamentará a responsabilidade civil pré-contratual haja vista que é mero guia interpretativo.

A função corretiva da boa-fé objetiva aplicada à responsabilidade pré-contratual dá ensejo a teoria dos atos próprios³⁰ e o abuso do direito, uma vez que essa função limita direitos. A teoria dos atos próprios tem como fim mitigar a autonomia da vontade para que não haja violação a legítimas expectativas de terceiros, geradas por comportamento contraditório do titular de direito, impondo a esses últimos condutas que visam a proteção das legítimas expectativas.

O enunciado 412 da V Jornada de Direito Civil, baseada no art. 187 do CC/02 dispôs das hipóteses de exercício abusivo de direito abarcado na teoria dos atos próprios. Conforme se observa: “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.”

O *supressio* é termo derivado do latim que significa “supressão”, assim, nada mais é do que a supressão/perda de um direito ou de uma prerrogativa pela inércia do seu titular, sendo um mecanismo da boa-fé objetiva que visa desfazer a acomodação do sujeito omissor³¹.

Já o *surrectio* é termo empregado quando uma conduta reiterada faz surgir um direito ou uma prerrogativa, isto é, a atitude de um sujeito ao longo do tempo faz surgir para outra parte um direito não pactuado.

O *tu quote* é expressão que designa uma situação de abuso verificada quando uma pessoa viola uma lei ou contrato e posteriormente quer se valer dessa mesma lei ou contrato para se beneficiar. Conforme bem ilustra Luciano de Camargo Penteado³², o *tu quote* é “a vedação de dois pesos e duas medidas”, sendo a vedação de contrato não cumprido do art. 476 do CC/02 a melhor representação. Tartuce³³ ressalta que a máxima do *tu quote* é a expressão “não faça contra o outro o que você não faria contra si mesmo”.

Flávio Tartuce³⁴ discorre ainda que:

³⁰ Ibid., p. 188.

³¹ PENTEADO apud ibid., p. 189.

³² Ibid.

³³ TARTUCE, op. cit., p. 624.

³⁴ Ibid, p.922.

Relata o professor da USP que “Pelo ‘tu quoque’, expressão cuja origem, como lembra Fernando Noronha, está no grito de dor de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida (‘Tu quoque, filli’? Ou ‘Tu quoque, Brute, fili mi’?), evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, a normas que ela própria violou. Trata-se da regra de tradição ética que, verdadeiramente, obsta que se faça com outrem o que não se quer seja feito consigo mesmo”.

A expressão *venire contra factum proprium* é a vedação de comportamento contraditório, isto é, como conceitua Tartuce³⁵, “não é possível exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva”.

O instituto da proibição do *venire contra factum proprium* é muito importante para a fundamentação da responsabilidade pré-contratual uma vez que as condutas praticadas durante as negociações revelam um comportamento e geram uma legítima expectativa, devendo ser mantida a confiança.

O abuso do direito (art. 187 do CC/02) como manifestação da função corretiva da boa-fé objetiva vem para atribuir caráter ilícito a algumas condutas formalmente legais, mas que revelam-se manifestamente contrárias aos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelos fins econômicos. Cabe salientar que a caracterização da abusividade prescinde de interesse de prejudicar.

Nesse sentido, sustenta o enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil, *in verbis*, “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

O abuso de direito pode ocorrer na fase pré-contratual, como foi possível observar no julgamento do caso da BMW citado acima. Nesse caso, a premissa de que as tratativas prévias não vinculam os negociantes, sendo legítimo o rompimento das negociações devido a liberdade de contratar decorrente do princípio da legalidade em sentido amplo, tendo as partes mera expectativa de direito não tutelável, parece relativamente correta. Entretanto, o direito de não contratar não pode ser exercido de forma abusiva, caso contrário enseja o direito de reparar eventuais danos haja vista que se torna uma conduta ilícita.

Por último, a função integrativa da boa-fé objetiva nos leva aos chamados deveres anexos de conduta, sendo esses implícitos ao conceito de boa-fé objetiva. São deveres anexos³⁶,

³⁵ Ibid, p. 926.

³⁶ Ibid., p. 909.

entre outros, o dever de: cuidado, informação, segurança, prestação de contas, sigilo, colaboração, cooperação, lealdade, honestidade e razoabilidade.

Conforme sustentado por Oliveira³⁷, os Tribunais têm entendido no sentido de que o descumprimento de algum dever anexo da boa-fé objetiva gera responsabilização civil objetiva, ou seja, independente de culpa.

Assim, é imperioso observar que a boa-fé objetiva com suas funções e deveres anexos são o pilar da fundamentação para aplicação da responsabilidade civil pré-contratual no ordenamento jurídico brasileiro visto que o Código Civil de 2002 é lacunoso. Dessa forma, conforme ilustra Orlando Gomes³⁸, toda vez que um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu devido a violação ao princípio da boa-fé objetiva, aplicando a responsabilidade civil pré-contratual.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa almejou problematizar a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pré-contratual no ordenamento jurídico brasileiro nos casos de rompimento injustificado e abrupto das negociações, haja vista lacuna no Código Civil de 2002.

Para tanto, inicialmente abordou as fases contratuais e seus princípios basilares, fundando o entendimento de que a fase pré-contratual é a fase inicial, por meio da qual ocorrem as negociações preliminares, as conversas sobre o contrato, onde as partes discutem, elaboram cálculos e possível minuta do contrato preliminar ou definitivo, estando essa fase regida pelo princípio da boa-fé objetiva.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisou a aplicação histórica e comparada da teoria da *culpa in contrahendo* elaborada por Rudolph Von Jhering, em diversos diplomas da Civil Law, como na Alemanha, Itália, França e Portugal. Com isso, foi possível constatar que a doutrina da *culpa in contrahendo* não está expressamente contemplada no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, o terceiro capítulo demonstra a viabilidade jurídica da aplicação da responsabilidade pré-contratual através da doutrina e da jurisprudência.

³⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 190.

³⁸ GOMES apud FACHIN, Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998, p. 131.

Através do estudo do caso concreto julgado pelo STJ no Resp. nº 1.051.065/AM abriu a discussão sobre a possibilidade de indenização por danos causados pela violação do princípio da boa-fé objetiva devido termo inesperado de negociações. Isso porque, conforme explícito, o princípio da boa-fé objetiva através da sua função corretiva mitiga a autonomia da vontade para que não haja violação a legítimas expectativas geradas, nem que haja abuso do direito. Ademais, a não obediência dos deveres anexos da boa-fé objetiva também gera dever de indenizar na fase pré-contratual.

Diante do exposto, conforme entende a melhor doutrina e a jurisprudência majoritária, para aplicação da responsabilidade pré-contratual, o juiz deve analisar o caso concreto com raciocínio ponderativo, analisando todas as nuances, verificando a paridade dos negociantes ou a possível vulnerabilidade, a proximidade da concretização do negócio jurídico, a quantidade de atos praticados pelas partes, a criação de legítima expectativa, a existência de despesas e se o rompimento ocorreu sem justificativa razoável, extrapolando a autonomia da vontade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 dez. 2021.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 11 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.051.065/AM*, Rel.: Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1210889&num_registro=200800886452&data=20130227&formato=PDF>. Acesso em: 11 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 6183/MG*, Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500444763&dt_publicacao=18-12-1995&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 11 dez. 2021.

CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil II*. Portugal: Grupo Almedina, 2021.

COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018.

FACHIN, Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

GERMANY. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 05 fev. 2022.



GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2020.

OLIVEIRA, Leonardo. A responsabilidade civil pré-contratual e a intervenção do poder público na autonomia privada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 2015.

PORTUGAL. *Código Civil Português*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49779075>. Acesso em: 05 fev. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2020.

O LIVRE DIREITO DE AMAR E DISPOR: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR IDADE

Taiane Lima de Castro

Graduada pela Universidade Santa Úrsula.
Advogada.

Resumo – com o avanço da sociedade as relações pessoais e familiares sofreram mudanças, a família formada por homem, mulher e prole deu espaço às mais variadas formas de família pautadas pelo afeto. A impossibilidade da legislação abranger as mudanças da sociedade em tempo real traz atraso no que tange à proteção e observação de direitos fundamentais, devendo o intérprete realizar leituras com base nos princípios constitucionais. O presente trabalho visa abordar o tema da imposição do regime da separação obrigatória para a pessoa idosa com 70 anos e a necessidade de revisitar o instituto a partir da interpretação para adequá-lo à realidade da sociedade.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Civil. Regime de bens. Separação obrigatória. Controle de Constitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. A formação da família e a proteção conferida pela constituição federal. 2. Livre direito de amar, mas e de dispor?. 3. Julgamento do tema 1236 no STF com a possível declaração de inconstitucionalidade do art. 1641, II do Código Civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens com relação ao septuagenário. Procura-se demonstrar a necessidade de revisitação do instituto sendo realizada uma leitura à base da Constituição Federal.

Para isso, abordam-se as posições jurisprudenciais e doutrinárias a respeito do tema com o objetivo de discutir se a imposição do regime da separação obrigatória à pessoa idosa com 70 anos possui amparo na legislação, buscam-se fundamentos para o cerceamento da liberdade patrimonial do idoso e se há ofensa ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 estabelece a pessoa idosa como integrante de grupo vulnerável prevendo a máxima proteção assim como impõe como dever geral o resguardo de todos os direitos fundamentais preservando sua dignidade.

O tema é controvertido, pois o legislador ao produzir a norma restritiva à liberdade do regime de bens buscou proteger patrimonialmente o septuagenário supondo ausência de discernimento para cuidar desse aspecto ao passo que tal imposição limita o direito fundamental à liberdade patrimonial e gera uma presunção de incapacidade sem qualquer respaldo.



Para melhor desenvolvimento do tema, é necessário histórico de construção das famílias passando pelas diversas legislações até atingir o conceito de família eudemonista após o advento da Constituição Federal de 1988 cujo objetivo se funda na dignidade da pessoa humana que busca o bem-estar de todos os membros. Planeja-se estimular a atenção para a necessidade de abrir mão de pré-conceitos estabelecidos sob a égide de uma sociedade patriarcal e hierarquizada para que cada vez mais sejam apresentados projetos de lei respeitando o afeto e a igualdade entre os indivíduos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a construção histórica das famílias desde sua base com o homem como chefe da casa com a subordinação da mulher e da prole até a constitucionalização dos direitos fundamentais que trouxe a igualdade entre o casal em todos os âmbitos. Ressalta-se a importância da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e as interpretações normativas. Traz o capítulo a evolução na qual o casamento era o único meio de formação das famílias para a união estável que privilegia o afeto.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o casamento e a união estável são uns dos meios formais para constituição de família perante o Estado. Explica-se o processo para o casamento, a capacidade civil e a autonomia da vontade para o regime de bens. Discorre sobre a imposição do regime obrigatório de separação de bens para a pessoa idosa com 70 anos e de que forma a legislação foi construída.

O terceiro capítulo pesquisa a afetação do tema da separação obrigatória de bens para o septuagenário com os argumentos expostos pela manifestação do ministro relator e dos julgadores anteriores da instância originária. Coloca-se a norma em destaque com o intuito de verificar se há necessidade de declaração da inconstitucionalidade com base na interpretação dos direitos fundamentais envolvidos com o contrapeso da proteção constitucional garantida à pessoa idosa.

Quanto ao método, utiliza-se o hipotético-dedutivo, pois foram identificadas questões que são tratadas como premissas para que seja o problema analisado. Por outro lado, o tratamento do objeto da pesquisa será o qualitativo, pois a pesquisadora utilizará bibliografia pertinente ao caso com o estudo de doutrina, de legislação e de jurisprudência e, com isso, assegurar os argumentos que demonstram a hipótese do trabalho.

1. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA E A PROTEÇÃO CONFERIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Historicamente, o ser humano sempre buscou estar em grupo para questões de sobrevivência e o acasalamento foi natural já que há o instinto de perpetuar a espécie. Levando em consideração que o Direito e sociedade são umbilicalmente ligados, mas aquele nunca consegue estar à frente do corpo social, o conceito de família regulada pelas normas não é a única forma de construção desta.

Com o desenvolvimento da sociedade fortemente influenciada pela Igreja Católica, momento no qual Estado e Direito eram determinados pela fé, o conceito de família confundia-se com uma ideia moral. O homem era tido como o chefe da casa e, por consequência, a família tinha uma característica hierarquizada e patriarcal. A regra de homem trabalha e mulher cuida da casa sofreu mudança com a Revolução Industrial já que as famílias se deslocaram para a cidade e todos precisavam trabalhar – incluindo as crianças – e aquele grande grupo ligado pelo afeto que morava no campo passou a ser restrita contando com o casal e seus filhos¹.

Ao final do século XVIII são reconhecidos os chamados direitos fundamentais de primeira geração focados na ideia de igualdade, liberdade e propriedade com a ruptura do absolutismo. Apesar de haver definição de outras gerações, todas são acréscimos da base como a implementação dos direitos sociais, econômicos, culturais, após com os direitos coletivos e difusos, chegando ao direito à felicidade². O desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais foi peça chave nas mudanças estruturais nos modelos de famílias.

Apesar deste desenvolvimento dos direitos fundamentais acima mencionado, no Brasil, o Código Civil de 1916³ trazia a ideia de família no formato patriarcal e engessado que somente poderia ser formada pelo casamento de homem e mulher. A intervenção estatal era tamanha que a dissolução não era possível, bem como os membros não possuíam status igualitário. A instituição casamento era tida como o correto e aqueles que se uniam pelo afeto sem o vínculo formal ou mulheres que engravidavam sem estarem casadas eram tratados de forma pejorativa sem qualquer garantia de direitos. Havia também a diferenciação para os

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2022, p. 37.

² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2022, p. 369-378.

³ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.



filhos tidos na constância formal do casamento e os tidos fora do matrimônio, filhos estes que não possuíam qualquer direito sucessório.

O patrimônio do casal era gerido exclusivamente pelo homem e foi apenas em 1962⁴ que a mulher passou a ter plena capacidade civil com a propriedade dos bens fruto de seu próprio trabalho e em 1977 foi possível o divórcio⁵. Importante mencionar que a Constituição de 1988 afirma que a família é tida como base da sociedade recebendo proteção Constitucional no art. 226⁶. Sendo base da sociedade não somente no Brasil como no mundo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza no art. 16.3 “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”⁷.

Por ter papel tão importante na sociedade qualquer mudança no âmbito legislativo causa grande impacto. Conforme observado, o conceito de família começa com o grupo familiar formado por homem, mulher e filhos. Contudo, conforme a sociedade avança e sofre influência da chamada globalização o Direito deve permanecer em constante mudança para abarcar a maior possibilidade possível de indivíduos e novas configurações que devido à história patriarcal não eram contemplados. Locke já defendia que “o legislador não cria direitos, mas aperfeiçoa a sua tutela, no suposto de que esses direitos preexistem ao Estado; daí o Poder Público não poder afetar arbitrariamente a vida e a propriedade dos indivíduos”.⁸

Alcançou-se então com a Constituição de 1988 um movimento que vinha se desenhando pelo mundo que é a defesa dos direitos fundamentais e principalmente da igualdade e liberdade. A Constituição como centro do ordenamento em que toda norma deve ser interpretada à luz dos direitos fundamentais sempre para aumentar e nunca retroagir⁹.

O formato patriarcal e hierárquico de família com sua ideia engessada deu lugar ao que deveria ser a base de toda e qualquer relação: o afeto e a igualdade. A Constituição de 1988 trouxe expresso a igualdade entre homem e mulher protegendo de forma igualitária todos os membros da família sendo o casamento apenas um dos meios junto com a união estável de constituição formal de família, não havendo qualquer diferença entre os institutos

⁴ BRASIL. *Estatuto da Mulher Casada, 1962*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

⁵ BRASIL. *Lei nº 6515, de 26 de dezembro de 1977*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

⁶ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

⁷ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2019. [ebook].

⁹ FERNANDES, op. cit., p. 325-362.

que pudesse causar discriminação.

Não há necessidade de se definir o que é família sob pena de cometer-se injustiças, mas sim há o dever de se preservar e proteger o que há de mais valioso das pessoas: afeto, lealdade, solidariedade, confiança, respeito e amor. Dias¹⁰ sustenta que há necessidade de se estabelecer um limite para a intervenção estatal na organização familiar para que tal intervenção não prejudique o direito à liberdade de ser quem quiser do jeito que lhe couber.

O Código Civil de 2002 já estreou sob a égide da Constituição Federal, ou seja, houve uma constitucionalização do Direito Civil momento no qual a dignidade da pessoa humana torna-se fundamento do Estado Democrático de Direito com previsão no art. 1º, III da Constituição¹¹.

A partir disso, os princípios constitucionais estão no ápice do ordenamento jurídico no qual toda norma deverá ser lida com base na interpretação que garanta a efetividade de tais axiomas, é o que se chama de interpretação conforme a Constituição¹². A dignidade da pessoa humana como fundamento tem uma interpretação ampla uma vez que não se consegue definir o que é, mas irradiam deste todos os outros princípios como autonomia privada, cidadania, igualdade, liberdade, entre outros.

Nesse sentido, discorreu o Ministro Celso De Mello¹³:

o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Dias¹⁴ especifica-o como o princípio que carrega a semente dos valores constitucionais sendo a primeira manifestação da nova ordem e que por isso é recheado de sentimentos e emoções só podendo ser sentido sem nunca conseguir uma definição expressa. Surge dessa ideia a obrigação do Estado não só em abster-se de violar a dignidade da pessoa humana como também traz um dever para que hajam políticas e leis para a implementação dessa dignidade.

Nessa esteira, o Estado tem como função garantir a proteção das famílias sejam elas

¹⁰ DIAS, op. cit., p. 42.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹³ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE 477.554-AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2023

¹⁴ DIAS, op. cit., p. 57.

como forem vez que os indivíduos possuem liberdade para formar sua família. Não deve o Estado discriminar as formas de constituição das famílias, mas sim cuidar para que os integrantes do núcleo familiar estejam envolvidos com afeto e respeitados por toda a sociedade. Ao respeitar a liberdade de amar do outro, resguarda-se a própria dignidade.

A Constituição Federal trouxe diversas mudanças com o objetivo de promover a igualdade e constantemente vem sendo interpretada em defesa da liberdade do indivíduo sem que sua escolha implique em qualquer discriminação.

Se havia dúvida quanto ao princípio da não intervenção estatal nas relações particulares, o art. 1513 do Código Civil¹⁵ proíbe a interferência na comunhão de vida instituída pela família. Contudo, como nenhum direito fundamental é absoluto, não se pode interpretar o dispositivo de forma isolada¹⁶.

Pode ser confirmado que o ordenamento jurídico adotou o afeto como fonte determinante para a configuração da família quando reconhece à união estável todos os direitos do casamento e quando estabelece no art. 5º, II da Lei Maria da Penha¹⁷ família como relação íntima de afeto.

Há os princípios expressos na Constituição Federal, mas como não se pode permitir o engessamento do Direito, a interpretação conforme a Constituição retira os princípios implícitos que, importante mencionar, não possuem hierarquia entre si sendo todos igualmente importantes.

Um desses princípios implícitos que vem sendo cada vez mais debatido e defendido é o Direito à Felicidade. A felicidade é estado que não possui definição objetiva uma vez que é de caráter pessoal. No entanto, a felicidade é tida como o objetivo do novo modelo de família denominado eudemonista que prioriza as relações de afeto com relações igualitárias baseadas no respeito e na realização individual de cada um¹⁸.

É nesse aspecto que Dias¹⁹ define lar como lugar de afeto e respeito. Com a família eudemonista o Estado adquiriu nova responsabilidade: a de garantir que o indivíduo alcance a felicidade da forma que melhor lhe couber tendo a certeza de que não haverá intervenção estatal na maneira que escolher administrar seus afetos e exercer suas liberdades.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁶ Deve aqui interpretar-se a norma garantindo a liberdade que em nada prejudica o bem estar do indivíduo e nem o interesse público, reiterando que o interesse público não poderá ser suscitado quando a justificativa for de base discriminatória. Um exemplo é a proteção com relação à abusos e violências cometidas no âmbito familiar que podem e devem ser denunciados por qualquer um sendo membro ou não da entidade.

¹⁷ BRASIL, *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 12.

¹⁹ DIAS, op. cit., p. 37.

2. LIVRE DIREITO DE AMAR, MAS E DE DISPOR?

Conforme o capítulo anterior, o Estado tem a obrigação de respeitar as diversas formas de amar do indivíduo devendo garantir a igualdade e a liberdade das relações na formação da entidade familiar.

Uma das maneiras de se formar família formalmente é por meio do casamento ou da união estável. Em que pese a Constituição Federal equiparar ambas as relações não podendo haver qualquer discriminação em relação aos direitos e deveres, um efeito específico não é igual. Nota²⁰ traz em seu artigo que o casamento desperta três efeitos em três diferentes planos: o social, o pessoal e o patrimonial.

O efeito social é baseado na alteração do estado civil dos cônjuges que passam a ser casados. Na união estável não há mudança no estado civil, permanecendo os companheiros com o mesmo estado civil anterior. Em que pese não haver mudança do estado civil, é permitido aos companheiros a mudança de sobrenome para acrescer ao próprio.

O efeito pessoal é aquele que a partir da união ambos adquirem deveres de fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos todos previstos no art. 1566 do Código Civil²¹, não havendo taxatividade no rol.

Por último o efeito patrimonial que é o objeto central de estudo do presente artigo. Com o casamento ou a união estável, deve-se decidir o regime de bens que tem como propósito determinar como fica a comunicabilidade seja dos bens tidos como particulares seja dos bens adquiridos na constância da união.

Doutrina clássica determinava a natureza jurídica do casamento como contratual. Bevilaqua²² definiu casamento como “contrato bilateral e solene pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais”. Tal natureza jurídica já foi afastada pela doutrina moderna em razão da mudança na visão do instituto²³.

Entretanto, pode-se utilizar a característica de contrato apenas para ilustrar a base da relação patrimonial. Apesar de não mais ser considerado um contrato, o casamento é negócio jurídico bilateral que possui características únicas não podendo ser tratado como ramo

²⁰ NOTA, David Adriano. Efeitos do casamento e da união estável. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, nº 32, 98-117, nov. 2014.

²¹ BRASIL, op. cit. nota 3.

²² BEVILAQUA apud SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 922.

²³ Ibid.



contratual ou até mesmo obrigacional²⁴.

Negócio jurídico tem seu fundamento na manifestação de vontade, vontade esta que deve ser livre de qualquer vício. Respeitados os limites legais acerca de objeto, da forma e havendo capacidade para a prática do ato, a autonomia da vontade deverá sempre prevalecer²⁵. Para efeitos patrimoniais será utilizada a palavra casamento que também abrangerá a união estável fazendo diferenciações quando pertinentes.

O casamento tem em sua base muito antes do afeto, o acordo de vontades. Ainda que haja o sentimento, pode não haver a vontade de unir-se com o outro. Superficialmente não haveria aqui motivos para o Estado regular um aspecto tão íntimo da vida do indivíduo. No entanto, por envolver possíveis direitos de terceiros uma vez que ocorre o efeito patrimonial, há de ser devidamente regulado para proteção de indivíduos fora dessa relação.

Pode casar o indivíduo a partir dos dezesseis anos com autorização de ambos os pais ou representantes legais enquanto não completados dezoito anos, desde que não estejam presentes algum dos impedimentos previstos no art. 1.521 do Código Civil²⁶ dentre eles não ser casado.

Ultrapassadas a autonomia da vontade, a idade núbil e a ausência de impedimentos, vira-se para o regime de bens a ser utilizado. De acordo estabelecido no Código Civil²⁷, há quatro possibilidades de regime de bens: a) comunhão universal; b) comunhão parcial; c) participação final nos aquestos; e d) separação legal.

Na comunhão universal, como o próprio nome diz, forma-se um único bloco. Todos os bens de ambos os cônjuges adquiridos antes e durante o casamento compõem um conjunto. Dessa forma com o fim do casamento ocorre a meação na qual cada ex-cônjuge ficará com metade do patrimônio.

Na comunhão parcial, que é o regime adotado caso os nubentes não tenham escolhido, os bens adquiridos antes do casamento são chamados de particulares e permanecem sob propriedade de quem o adquiriu e somente há copropriedade dos bens adquiridos na constância do vínculo matrimonial. Portanto, com o fim do casamento cada um fica com os bens que já possuía antes do casamento acrescidos da metade dos bens adquiridos durante a união.

A participação final nos aquestos o casal mantém os bens particulares assim como ocorre na comunhão parcial, mas o diferencial está no ponto que cada cônjuge poderá adquirir

²⁴ DIAS, op. cit., p. 491.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 3

²⁷ Espécies elencadas entre os artigos 1.639 e 1.688.

bens em nome próprio durante o casamento e bens comuns. Contudo, no divórcio cada um ficará com seus bens particulares havendo a meação dos bens comuns e se os bens próprios de um estiverem em desequilíbrio aos bens próprios do outro, haverá o crédito de um com o outro²⁸.

Por fim, objeto de muita crítica, surge a separação legal também conhecida como separação obrigatória. A separação legal está prevista no art. 1.641 do Código Civil e é o único regime que o legislador não observa a autonomia da vontade, pois é o regime imposto ocorridas três situações para: as pessoas que casarem com inobservância das causas suspensivas²⁹ da celebração do casamento; da pessoa maior de setenta anos; e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Aqui não há escolha dos nubentes, mas deve ser feita diferenciação no tratamento imposto pelo legislador. As causas suspensivas para o casamento são um comando legislativo de que não deveriam se casar, mas se quiser pode. Contudo, caso ignorem o aviso e casem, por motivos de confusão patrimonial devem adotar o regime da separação legal.

O suprimento judicial para o casamento ocorre nos casos de não autorização dos pais ou representantes legais do indivíduo a partir dos dezesseis anos. Cessado o motivo da suspensão ou atingida a maioridade civil, não há óbice para que haja a mudança do regime de bens na constância do casamento bastando o pedido via judicial com as razões de mudança conforme dispõe art. 1639, §2º³⁰.

Diferente ocorre quando o casamento é celebrado por maior de setenta anos. Nas causas apresentadas acima há possibilidade de mudança do regime, sendo a imposição inicial do regime unicamente por causas transitórias. Na hipótese do casamento do septuagenário o regime é determinado unicamente porque o legislador considera que o indivíduo ao atingir setenta anos não mais possui liberdade patrimonial.

Aqui a intenção do legislador foi a de não permitir o entrelaçamento total da vida dos nubentes, ou seja, intervir no íntimo do indivíduo. Veloso³¹ vai ainda mais longe ao pontuar que:

desconfia o legislador da autenticidade dos amores vespertinos, da sinceridade das paixões crepusculares, suspeitando que há um interesse escuso, de cunho econômico por parte de quem se relaciona amorosamente com um idoso, pretendendo aplicar o que chama o vulgo de "golpe do baú". Daí prever o regime da separação (obrigatória)

²⁸ DIAS, op. cit., p. 697

²⁹ BRASIL, op.cit., nota 3.

³⁰ BRASIL, op.cit., nota 3.

³¹ VELOSO, Zeno. *Casal quer afastar a Súmula 377*. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso#:~:text=Queriam%20que%20o%20regime%20de,assim%20sendo%2C%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20de%20bens>>. Acesso em: 30 jan. 2023.

de bens, com vistas a evitar ou, pelo menos, limitar as possibilidades de lucro ou vantagem do ardiloso.

Maria Berenice Dias³² afirma que a omissão legiferante em relação a alguns assuntos nem sempre é fruto da impossibilidade do Direito em se antecipar às mudanças da sociedade, mas sim puro desleixo ou até mesmo preconceito com situações que o legislador não aceita.

No mesmo sentido, pode-se aplicar o contrário uma vez que a produção de leis pode retirar do indivíduo direito fundamental - não de forma expressa - mas de modo que ele não possa escolher a forma da constituição de sua família por mero pré-conceito de não ter o suposto discernimento para tal escolha.

A Constituição Federal assegura a proteção de grupos considerados vulneráveis perante à sociedade determinando como dever de todos cuidar para que os direitos desses grupos sejam preservados. Entre esses grupos há os idosos que no art. 230 da Carta Magna³³ determina que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Não há qualquer erro em proteger grupos considerados vulneráveis, mas há uma contradição no momento que a Constituição veda qualquer tipo de discriminação em razão da idade e a legislação ordinária considera o idoso inapto à gerência de sua própria liberdade patrimonial.

A título comparativo de evolução de tutelas dos vulneráveis, cabe uma breve análise da última alteração na legislação civil correlata. Antes da reforma promovida no Código Civil no tocante às incapacidades em 2015 pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁴, eram tidos como absolutamente incapazes os que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para praticar atos da vida civil. Este dispositivo foi duramente criticado porque presumia que aquele que tivesse alguma enfermidade ou deficiência não teria o discernimento para casar, gerir patrimônio, exercer os direitos sexuais e reprodutivos, adotar etc.

Dessa maneira, foi revisado o instituto com a implementação do Estatuto promovendo a leitura conforme à Constituição de modo que a pessoa com deficiência não deve ser tratada de forma discriminatória sendo expressa que a deficiência não afeta a plena capacidade civil

³² DIAS, op. cit., p. 34.

³³ BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁴ BRASIL, *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 15 jan. 2023.

garantindo que a pessoa com deficiência poderá exercer sua capacidade legal em condições de igualdade como todos, inclusive no que tange à escolha do regime de bens no casamento.

Trouxe a lei, também, o instituto da curatela somente quando necessário deixando expresso que mencionada medida afetará unicamente os direitos de natureza patrimonial e negocial, além de durar o menor tempo possível. Nesse aspecto, não há qualquer diferença da curatela exercida em casos de pessoas sem deficiência.

Comparando com o caso da imposição do regime legal de bens para o idoso a partir dos setenta anos pode ser observada uma forma de pré-suposição que o idoso não possui o discernimento para escolher o próprio regime de bens, ou seja, apenas porque um indivíduo atingiu a idade determinada pelo legislador ele automaticamente deixa de ser plenamente capaz de seus atos civis. Não podendo o legislador impedir o amor do septuagenário uma vez que não haveria suporte legal para tal, retirou a liberdade de dispor do patrimônio ferindo o princípio da não intervenção estatal sem qualquer justificativa concreta.

Deve ser observado que o próprio Código Civil³⁵ no seu artigo 3º que trata da incapacidade absoluta não insere qualquer caso além do menor de dezesseis anos em razão do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. Na sequência em seu art. 4º há a listagem dos relativamente incapazes à certos atos ou à maneira de exercê-los não havendo dispositivo que coloque especificamente o idoso em qualquer das condições.

O Estatuto da Pessoa Idosa³⁶ não traz qualquer óbice à prática de todos os atos civis ratificando em diversos dispositivos a dignidade da pessoa humana como objeto de preservação para o idoso preconizando em seu 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.

O legislador traz uma presunção absoluta que afasta a capacidade mental do idoso sendo “uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial para fins nupciais³⁷”. Não à toa é motivo de constante crítica e atualmente teve o tema afetado para análise da constitucionalidade da norma no tema 1236 junto ao Supremo Tribunal Federal.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁶BRASIL, *Estatuto da Pessoa Idosa*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 20 jan. 2023.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 3 ed. rev, atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1754.

3. JULGAMENTO DO TEMA 1236 NO STF COM A POSSÍVEL DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II DO CÓDIGO CIVIL.

De acordo com exposto no capítulo 1, toda norma deve ser lida com base na Constituição Federal e seus princípios. Ainda que haja a norma positivada – editada antes ou após a Constituição Federal – há de ser observado se está em consonância com o objetivo do princípio constitucional, ora norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico e dotada de máxima efetividade normativa.

O casamento e a união estável, embora se diferenciem no efeito social, uma vez que somente no casamento há alteração do estado civil, são considerados institutos iguais perante a lei não podendo haver qualquer tipo de diferenciação que prejudique o companheiro devendo qualquer dispositivo que contenha cônjuge ser extensivo ao companheiro³⁸.

Contudo, também foi dito que não se pode interpretar lei para restringir direitos. A letra da lei no art. 1641, *caput*³⁹, se refere à palavra casamento, não há menção à união estável. Caso fosse aplicada objetivamente a interpretação equiparando casamento e união estável ambos estariam englobados pela legislação, sendo impositivo o regime de bens.

No entanto, ao fazê-lo estar-se-ia realizando uma interpretação que restringe o direito fundamental da liberdade do indivíduo ao querer dispor de seu regime de bens. E é nesse aspecto que a imposição do regime de separação obrigatória de bens na união estável começa a chamar atenção dos intérpretes da norma. O Tema 1236 versa sobre o *leading case* no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1309642⁴⁰ originário de São Paulo. A discussão é exatamente sobre qual o regime de bens deve ser aplicado à união estável iniciada após um dos indivíduos já possuir setenta anos.

A discussão deu-se após a morte do companheiro septuagenário, em juízo de primeiro grau foi declarada a inconstitucionalidade do art. 1641, II do Código Civil de maneira incidental, aplicando à união estável o regime supletivo da comunhão parcial de bens devendo a companheira sobrevivente concorrer com os descendentes do falecido. Foram utilizados pelo juízo os argumentos de que o dispositivo é inconstitucional por violar a dignidade da pessoa humana e a liberdade do idoso, é mencionada também a proibição de interpretação

³⁸BRASIL, op. cit. nota 12.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1309642*. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=6096433>. Acesso em: 15 dez. 2022.

extensiva em norma que restrinja direitos⁴¹.

Em recurso interposto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a decisão foi reformada aplicando o regime obrigatório de separação à união estável afirmando que o legislador buscou proteger o idoso e seus herdeiros necessários de casamentos realizados com objetivos econômico-patrimoniais. Tendo, portanto, a companheira sobrevivente teria direito somente à meação dos bens adquiridos de forma onerosa ao longo do vínculo na inteligência do Enunciado de Súmula 377 do STF⁴² “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Houve interposição de Recurso Extraordinário sustentando haver violação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade além da interpretação extensiva à norma restritiva de direitos. Barroso⁴³ ao afetar o tema como repercussão geral elucida a necessidade de se obter resposta à lide pois:

destacam-se os aspectos (i) social, já que a definição do regime de bens aplicável às uniões familiares contraídas por maiores de setenta anos produz impactos diretos na organização da vida da sociedade brasileira; (ii) jurídico, porque a questão guarda relação com a interpretação e o alcance de normas constitucionais que asseguram especial proteção a pessoas idosas; e (iii) econômico, eis que a tese a ser fixada produzirá impacto direto nos regimes patrimonial e sucessório de maiores de setenta anos.

O argumento elucidado pelo Tribunal de Justiça para reformar a decisão de primeiro grau que declarou a inconstitucionalidade de forma incidental ao afastar a aplicação do dispositivo para a união estável foi o de que o objetivo do legislador foi o de impedir relações baseadas em interesses patrimoniais e econômicos protegendo os herdeiros necessários⁴⁴.

Aqui podem ser observados três grandes absurdos: o primeiro é apagar toda a construção histórica acerca da importância do afeto para a formação das relações já pré-julgando relações começadas após os setenta anos. Em outras palavras, disse o juízo que só se pode encontrar o amor até os 69 anos, 11 meses e 29 dias, pois ao completar 70 anos não mais será possível ter relações genuinamente fundadas no afeto.

O segundo é retirar a autonomia patrimonial do idoso com o preconceito de que ele não mais seria capaz de discernir sobre seus próprios sentimentos podendo ser ludibriado ao se relacionar de forma interesseira. Não há qualquer fundamento jurídico ou médico que

⁴¹BARROSO, Luís Roberto. *Manifestação sobre repercussão geral do tema 1236*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=10065034>>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Súmula 377*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula377/false>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

⁴³ BARROSO, op. cit.

⁴⁴ BARROSO, op. cit.



afirme que a pessoa idosa de 70 anos para de pensar ou possui a faculdade mental diminuída única e exclusivamente em função da idade. Caso fosse aceito tal argumento, toda pessoa idosa a partir dos 70 anos deveria ser submetido à curatela, o que jamais poderia ocorrer por ser a restrição de liberdade medida excepcional e temporária⁴⁵.

O terceiro ponto e talvez mais sutil é o de se proteger a eventual herança dos herdeiros sendo claro que não há herança enquanto o dono do patrimônio não falece⁴⁶. Há de ser percebido que embora a Constituição Federal proteja o direito à herança, os bens continuam sob o domínio do titular podendo ele dispor – em regra - como bem quiser. A lei não poderá restringir ou excluir direitos fundamentais já garantidos sem que se haja a substituição por um direito mais abrangente, é o princípio da vedação ao retrocesso, também chamado de efeito *cliquet*.

A imposição de regime sem embasamento além da visão deturpada do legislador ao não reconhecer o afeto após os setenta anos é claro retrocesso do direito fundamental à liberdade patrimonial que constitui parte da dignidade da pessoa humana. Permitir a manutenção de tal imposição seria violar diretamente fundamento do Estado Democrático de Direito.

Ademais, é imperioso reafirmar que ao determinar o regime de bens da pessoa idosa com 70 anos o Estado está intervindo diretamente na vida privada do indivíduo transformando em matéria de ordem pública assunto tão íntimo cujas consequências somente afetam o casal. Retira o legislador a autonomia da vontade no tocante ao matrimônio de um indivíduo que não possui qualquer restrição aos atos da vida civil.

Se fosse válida a preocupação do legislador em proteger os eventuais herdeiros, com mais razão deveria proibir a adoção uma vez que o vínculo criado com o descendente afasta qualquer outro herdeiro com a única exceção do cônjuge. Em um exemplo, o idoso septuagenário que não possui filhos poderia adotar um filho e deixar todo o seu patrimônio para ele, mas caso esse mesmo idoso resolvesse casar-se seu patrimônio seria destinado até mesmo ao Estado caso não houvesse herdeiro.

No mesmo sentido, poderia a pessoa idosa reconhecer a paternidade socioafetiva do filho de seu companheiro, mas não poderia escolher dividir seu patrimônio com aquela pessoa que o acompanhou, apoiou, respeitou e amou durante a união. Ser conivente com a continuidade da interpretação patriarcal e engessada ao julgar o dispositivo constitucional é

⁴⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 969-970.

⁴⁶ BRASIL, op. cit. nota 3. O artigo 426 determina não ser possível contrato cujo objeto é herança de pessoa viva.

menosprezar o afeto como base de qualquer relação além de presumir a má-fé daquele que se une a alguém com setenta anos.

Aceitar a constitucionalidade da norma seria não valorizar o idoso que tanto se afirma querer proteger, seria contraditório ao cometer clara discriminação em razão da idade, seria sancionar alguém cuja única culpa foi encontrar o amor aos setenta anos. Em outras palavras seria o legislador dizendo não ao direito à felicidade que a liberdade de dispor traz àquele idoso que já tanto contribuiu para a sociedade.

O art. 1641, II do Código Civil⁴⁷ que foi inserido após a vigência da Constituição e por não estar de acordo com o direito à liberdade, a própria dignidade da pessoa humana e seu direito à felicidade, deve ser declarado inconstitucional pela Corte Suprema.

CONCLUSÃO

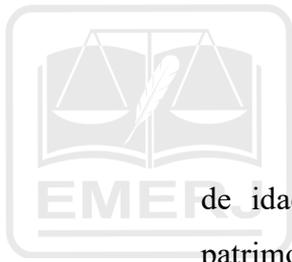
O presente trabalho apresentou a evolução no comportamento da sociedade no que tange às relações familiares bem como no avanço das normas de acordo com o período vivido. Buscou-se estudar o regime da separação obrigatória de bens para o septuagenário na sua concepção sob o aspecto da necessidade de produção da norma por parte do legislador.

A relevância da pesquisa é demonstrada pelo simples fato de conter direitos protegidos constitucionalmente tendo com a equiparação de direitos e deveres no casamento e na união estável, na interpretação extensiva de norma restritiva e na defesa da busca do afeto em qualquer idade sem que isso seja considerado suspeito ao ponto de necessitar de tutela estatal.

Da exposição normativa do dispositivo questionado retirou-se a importância de trazer o fundamento da Constituição como norma basilar do Estado e assim realizar uma interpretação conforme. A imposição do regime obrigatório da separação de bens não possui qualquer amparo legal ou social uma vez que derivou do preconceito do legislador ao pressupor que o idoso de setenta anos não mais poderia encontrar alguém para partilhar a vida sem que houvesse interesse econômico ou patrimonial.

O propósito único do legislador sob o argumento da proteção do idoso vulnerável foi intervir de forma preconceituosa na relação íntima do indivíduo sendo comprovado por meio da comparação com os institutos da adoção e da paternidade socioafetiva que não dispõem

⁴⁷ BRASIL, op.cit., nota 3.



de idade limite, podendo a pessoa idosa discernir de escolhas que terão impactos patrimoniais.

O instituto da curatela somente deve ser utilizado de forma excepcional e com toda fiscalização do Poder Judiciário não podendo ser imposta objetivamente ao idoso por mero atingimento da idade já que o define diversas vezes como plenamente capaz reafirmando a dignidade da pessoa humana, a vedação à discriminação pela idade, sua plena liberdade e mais do que isso o direito à felicidade.

Cada vez mais a liberdade de afeto, de amar é colocada em pauta e cabe ao intérprete da norma praticar a leitura dos dispositivos à luz do principal objetivo que é a concretização dos direitos fundamentais. A pessoa idosa possui sua capacidade plena assim como qualquer outro indivíduo não sendo plausível cercear sua liberdade de escolha com fundamento de pressuposição de interesse patrimonial ou até mesmo na proteção dos possíveis herdeiros.

Conclui-se, portanto, imperiosa a necessidade do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal com a consequente declaração da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de bens no que tange ao septuagenário seja qual for sua forma de união concedendo-lhe o livre direito de amar e de dispor.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 dez. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Manifestação sobre repercussão geral do tema 1236*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=10065034>>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. *Estatuto da Mulher Casada*, 1962. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 15 jan. 2023.

_____. *Estatuto da Pessoa Idosa*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 20 jan. 2023.

_____. *Lei nº 6515, de 26 de dezembro de 1977*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Súmula 377*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula377/false>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1309642*. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6096433>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 477.554-AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 3 ed. rev, atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

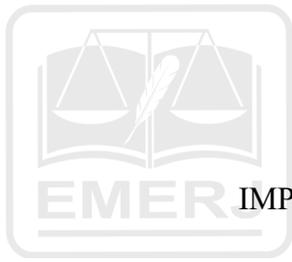
FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2022.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2019. [ebook].

NOTA, David Adriano. Efeitos do casamento e da união estável. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, nº 32, 98-117, nov. 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VELOSO, Zeno. *Casal quer afastar a Súmula 377*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zenoveloso#:~:text=Queriam%20que%20%20regime%20de,assim%20sendo%2C%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20de%20bens>>. Acesso em: 30 jan. 2023.



IMPACTOS AMBIENTAIS CAUSADOS PELOS CEMITÉRIOS - COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL, AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Tatiana de Souza Gomes.

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – a proteção do meio ambiente é tema corriqueiro no mundo como um todo, a fim de preservar a vida e garantir as futuras gerações. A falta de conhecimento dos danos causados pelas necrópoles, ausência de debates sobre o tema e de fiscalização efetiva, gera cada vez mais degradação ambiental, portanto, é necessário que os Municípios criem políticas efetivas de controle e fiscalização, nas quais possam se valer, para reafirmar a sua posição como ente federativo e agente essencial à defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado e na ausência dessa fiscalização sejam devidamente responsabilizados pelos danos causados.

Palavras-chave – Direito Ambiental; Direito Constitucional; Direito Administrativo; Cemitério; Fiscalização; Responsabilidade Civil.

Sumário – Introdução. 1. Os danos ambientais causados pelos cemitérios. 2. As competências constitucionais e atuação municipal para a tutela do meio ambiente. 3. A fiscalização e a responsabilidade civil devido a inobservância das normas ambientais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a degradação ambiental, os danos à saúde pública causados pelos cemitérios, a legislação aplicável ao caso e a responsabilidade civil ambiental diante da inércia do Poder Público em fiscalizar e combater a poluição.

O tema é de fundamental relevância, uma vez que se discute questões atinentes à saúde pública e aos impactos ambientais; os quais são de interesse de toda a humanidade, tanto das gerações presentes quanto das vindouras, tendo em vista que o meio ambiente equilibrado é o espaço que permite a existência da humanidade e a extração da matéria prima que proporciona o desenvolvimento e a manutenção da vida. Há uma premente necessidade de implantação medidas necessárias e urgentes para conter a degradação da principal vítima da sociedade: o meio ambiente.

O primeiro capítulo do presente trabalho trata sobre os danos que os cemitérios causam ao planeta como a contaminação dos lençóis freáticos localizados nas regiões, a relação dessas contaminações com a saúde pública e a mudança de paradigma entre antropocentrismo e o ecocentrismo, o que causa uma perspectiva mais protecionista ao meio ambiente.

O segundo capítulo visa analisar repartição de competências constitucionais para legislar e administrar as necrópoles o licenciamento ambiental desses ambientes, que foram regulados apenas em 2003, com a Resolução do Conama nº 335 de 3 de abril de 2003.

Já o terceiro capítulo propõe uma análise sobre a ausência de fiscalização na implantação e licenciamento desses ambientes prejudiciais a humanidade e da responsabilidade civil ambiental do Fazenda Pública, enquanto prestadora de serviço direito e de sua responsabilidade enquanto concedente de tais atividades.

Cabe salientar que todas as teses aqui defendidas estarão em consonância com o texto constitucional e legal, bem como apresentando a melhor doutrina para o assunto, a fim de refletir sobre a jurisprudência emanada dos Tribunais Superiores. No tocante ao procedimento metodológico, convém dizer que se estabeleceu uma pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar a questão jurídica aqui apresentada. Já a abordagem dessa pesquisa será qualitativa, tendo em vista a ampla investigação bibliográfica e jurisprudencial para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a tese.

1. OS DANOS AMBIENTAIS CAUSADOS PELOS CEMITÉRIOS

A República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana, conforme disposto no art. 1º, inciso III da CRFB/88¹, e por meio desse princípio advém muitos outros como a liberdade de escolha e o direito à informação. Os cemitérios sempre estiveram presentes na sociedade desde os primórdios da civilização, tanto por um aspecto cultural quanto como um local em que se despede dos entes queridos e os enterra depois da morte. Todavia, tais locais são causadores de graves impactos ambientais e à saúde pública.

Após a morte o corpo entra em estado de decomposição tal que alterações abióticas e bióticas produzem uma série de transformações, até se transformarem em gases, líquidos e sais. As primeiras fases da decomposição humana consistem em coloração e gasosa sendo conhecida como autólise e inicia-se com mancha verde na fossa ilíaca direita -parte inicial do intestino grosso-, expande-se pelo abdômen, cabeça e membros. Os gases do interior do cadáver espalham-se pelo corpo gerando um inchaço e ruptura das paredes abdominais, que geram ruído

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 jun. 2022.

conhecido como o estouro do cadáver. Nesta fase um corpo pode liberar até 24 litros de gases diferentes, dentre eles os mais significativos são: gás sulfídrico, mercaptano, metano, dióxido de carbono, amônia e fosfina.

A emissão de tais gases gera poluição atmosférica: o Gás Sulfídrico gera odor nos cemitérios, afeta as mucosas respiratórias e oculares provocando fortes irritações, além de comprometer a saúde do seres humanos; o Dióxido de Carbono ocasiona o efeito estufa; o Metano causa asfixia, parada cardíaca, inconsciência e até mesmo danos no sistema nervoso central, além de participar da formação e agravamento do efeito estufa; a Amônia causa irritação nas vias respiratórias, boca, garganta e estômago e sua inalação pode causar dificuldades respiratórias, inflamação aguda do sistema respiratório.

Os cemitérios também poluem os solos com a presença de madeira dos caixões que utilizam metais pesados para sua conservação, porém os caixões feitos de madeira não tratada não causam essa contaminação, todavia, se decompõem mais rapidamente permitindo que os líquidos decorrentes da putrefação dos corpos tenham uma disseminação acelerada no solo.

Outro elemento contaminador do solo dos cemitérios é a radioatividade do corpo humano enterrados com próteses e marca-passos, que na maioria dos casos não são retirados antes do sepultamento. Estes são objetos de alto índice de poluição pelo acionamento de energia nuclear, que coloca em risco o meio ambiente, a vida dos seres humanos e demais seres vivos que têm contato com tais radiações.

A contaminação radioativa ocasiona: Escassez de solo, ar e água adequados para a agricultura e para a manutenção da vida nas áreas afetadas; Mutações genéticas de espécies de plantas, insetos e animais; Queimaduras; Alterações na produção do sangue; Diminuição da resistência imunológica; Surgimento de diversas doenças, como o câncer, alterações gastrintestinais, problemas na medula óssea; Infertilidade e má-formação dos órgãos reprodutores e de fetos submetidos à alta radiação².

Muitas pessoas se submetem a tratamentos realizados por aparelhos com emissão de radiação, tanto durante a vida, quanto depois da morte, e por isso existe a possibilidade de estarem contaminadas e liberarem radiação de forma direta ao solo quando submetidas ao sepultamento em um raio de até duzentos metros das sepulturas, por isso pessoas que fazem

² SILVA, Thamires Olimpia. Principais riscos da geração de energia nuclear para o meio ambiente. *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/principais-riscos-geracao-energia-nuclear-para-meio-ambiente.htm>. Acesso em: 20 jun. 2022.

quaisquer tipos de tratamento radioativo, devem ser cremadas e suas cinzas dispostas como lixo atômico³.

Dos cemitérios, decorrem ainda, a contaminação da água com o período *coliquativo*, fase em que ocorre a dissolução das partes moles do cadáver pela ação da bactéria e fauna necrófaga, composta de germes putrefativos, larvas e insetos, o cadáver perde seu formato e forma o *necrochorume*, solução aquosa rica em sais minerais e substâncias orgânicas degradáveis, resultante do processo de decomposição de cadáveres nos cemitérios. Contendo aproximadamente 60% de água, 30% de sais minerais e 10% de substâncias orgânicas degradáveis é um líquido de cor acinzentada ou acastanhada, possuindo um odor forte e desagradável com grau variado de patogenicidade, porém são muito perigosos devido a existência de duas diaminas tóxicas (*cadaverina* e *putrescina*), resultantes do processo de putrefação. Estas não dispõem de antídotos eficientes e são consideradas venenos potentes.

Um cadáver libera em média 50% do peso do seu corpo em litros de *necrochorume* que é o principal contaminante na decomposição dos corpos e formam plumas de contaminação que podem se disseminar pelo solo saturado percorrendo vários quilômetros dependendo da formação geológica do solo. A presença de grandes árvores em cemitérios é bem imprudente, em virtude de suas raízes que podem quebrar os caixões enterrados em sua proximidade e causar o vazamento do *necrochorume* para o solo.

A água da chuva lava as sepulturas e transportam o *necrochorume* para o solo e subsolo. Em terrenos íngremes essas substâncias escoam facilmente para as cidades podendo percorrer quilômetros de distância e contaminar uma cidade inteira com seus vírus e bactérias que duram de 2 (dois) meses a 5 (cinco) anos, dependendo das condições de nutrição e temperatura.

As águas das chuvas causam inundação e pode elevar o nível do lençol freático que inundará as sepulturas, e ocasionará saponificação do cadáver, que ocorre pela hidrólise da gordura corporal e a liberação de ácidos graxos que se unem a minerais do organismo, o que inibe a atividade bacteriana putrefativa, preservando o cadáver que adquire consistência mole e aspecto de sabão. Esse mecanismo torna a decomposição cadavérica mais duradoura e mais contaminante.

As águas subterrâneas são as mais atingidas pela contaminação de vírus e bactérias através do escoamento do *necrochorume*. Os nascentes naturais e poços contaminados transmitem doenças como tétano, toxi-infecção alimentar, tuberculose, febre tifoide, febre

³ COSTA, Beatriz Souza; CUSTÓDIO, Maraluce Maria. *A Cultura da Morte no Brasil: Os Impactos Ambientais Causados Pelos Cemitérios ao Meio Ambiente e aos Seres Humanos*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a48f43f12770677c>> Acesso em: 20 jun. 2022.

paratifoide, vírus da hepatite A, entre outras. Dentre todas as contaminações ocasionadas pelos cemitérios as virais podem ser consideradas como agravantes, pois possuem uma enorme capacidade de sobrevivência, mobilidade, adaptação em diversos ambientes, mutação e permeação até mesmo em meios semipermeáveis. Inclusive, já foram encontrados vetores contaminantes de vírus em lençol freático há quilômetros de distância das necrópoles.

O problema se torna ainda pior, pois no Brasil 42% (quarenta e dois por cento) da população não possuem acesso ao saneamento básico e em muitas regiões não há, sequer tratamento do esgoto, o que aumenta demasiadamente a contaminação por doenças.

Os cemitérios nunca foram incluídos nas listas de fontes tradicionais de contaminação ambiental, provavelmente por preconceito ou por não se acreditar que cadáveres humanos ou de animais possam trazer consequências desastrosas ao meio ambiente e à saúde pública, o que torna necessário o conhecimento de todos os aspectos deste tipo de atividade, principalmente quando o cadáver humano pode causar alterações ao meio ambiente e prejudicar a saúde dos vivos.

Cabe mencionar, que a humanidade possuía como viés filosófico a perspectiva do antropocentrismo sendo basicamente o Homem (ser-humano), o centro do universo, isto é, enquanto o homem estava no centro e todos os demais seres estavam a sua volta e viviam unicamente para satisfazê-lo. Por meio de tal perspectiva, os seres humanos cometeram incontáveis atrocidades ao meio ambiente, que causaram mudanças devastadoras ao planeta.

Por conta das degradações ambientais e crises ecológicas praticadas pelos seres humanos, surgiram novos valores e mudanças de compreensão, na qual foi constatado que o homem na verdade não é o centro do universo, mas sim a natureza que cria e recria os elementos da vida. O homem está inserido na natureza e esse movimento é conhecido como biocentrismo ou eco centrismo, em que toda vida importa. Logo a natureza deve ser protegida para as gerações presentes e futuras. Essa teoria é baseada na *pachamama*, que visa reconhecer a natureza como um ser de direitos, afastar o viés utilitarista da natureza e a transforma em um ser de direito individual para um ser direito difuso⁴.

A Constituição não considera a natureza como um ser de direitos, mas ela protege o meio ambiente com o objetivo de garantir o equilíbrio e a qualidade de vida para todas as

⁴FARIAS, Márcio de Almeida. *Fundamentos éticos-filosóficos para a proteção do meio-ambiente: relação homem-natureza, do antropocentrismo ao biocentrismo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44550/fundamentos-eticos-filosoficos-para-a-protecao-do-meio-ambiente-relacao-homem-natureza-do-antropocentrismo-ao-biocentrismo-ecologia-profunda-deep-ecology#:~:text=Desse%20modo%2C%20podemos%20afirmar%20que,satisf%C3%A7%C3%A3o%20e%20progresso%20da%20humanidade.&text=O%20homem%20deixa%20de%20ser%20o%20centro.>> Acesso em: 05 jul. 2022.

gerações. Percebe-se, que o direito pátrio tanto na Constituição quanto nas normas infraconstitucionais tem um viés antropocentrista. Todavia, isso tem mudado significativamente e recentemente o STJ no *REsp* nº 1.797.175/SP, ao analisar a guarda de um animal não humano utilizou o direito comparado e declarou a teoria do *pachamama* como válida no ordenamento jurídico brasileiro, para conceder a guarda de um papagaio a uma mulher, considerando o animal não humano como um ser de direitos. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão histórica acompanhou, ainda a tendência das decisões internacionais como a do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte Interamericana, mediante a Opinião Consultiva OC-23/17, de 15 de novembro de 2017, “Meio ambiente e direitos humanos” e atribuiu personalidade jurídica e direitos próprios aos entes naturais -não apenas animais-, independente dos interesses humanos. Isto concede cada vez mais relevância a teoria da *Pachamama*⁵.

O enfoque holístico do meio ambiente é a humanidade viver em harmonia com a natureza, pois ela e o ser humano se completam, sendo o homem parte integrante daquela, logo, deve haver a proteção de ambos mutuamente, visto que a degradação ambiental é nociva ao meio ambiente e a própria humanidade.

Segundo a *Pachamama* a terra é sagrada e é obrigação do ser humano garantir seu equilíbrio que é fundamental para a sobrevivência das espécies. Outrossim, torna-se necessário, a criação de políticas públicas para assegurar a educação ambiental de toda a população, e conscientizá-la a respeito dos malefícios causados pelos cemitérios à humanidade. Com a finalidade de atuação conjunta entre o Estado e a sociedade na mudança de paradigma do ser humano lidar com a morte de forma consciente, sustentável e ecologicamente equilibrada, tendo em vista que a natureza é um sujeito de direitos e assim deve ser respeitada. Portanto, os Entes Públicos devem se unir para legislar de forma a estabelecer normas de adequação e fiscalização em prol de uma sociedade sadia e ambientalmente equilibrada.

2. AS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E ATUAÇÃO MUNICIPAL PARA A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

O Brasil adotou o Federalismo como forma de estado, formado pela união dos entes políticos autônomos e independentes entre si dotados de personalidade jurídica própria. O

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº 23/2017*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/OpinioaoConsultiva23versofinal.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2022.

federalismo nada mais é do que uma forma de organização de poder e distribuição de competência de cada Ente Federal, onde a existência de um governo central não impede que sejam divididas responsabilidades e competências entre ele e os demais Entes com a descentralização, autonomia político-administrativa e a repartição de competências fixada na Constituição Federal⁶.

Tal autonomia se desdobra em auto-organização, autogoverno e autoadministração, esta consiste na capacidade conferida aos entes federativos de gerir as competências constitucionais que lhe forem outorgadas, da forma que lhe parecer mais conveniente, desde que não ponha em risco o Pacto Federativo, ou seja, a execução fática das competências constitucionalmente atribuídas a cada Ente⁷.

Para José Afonso da Silva as competências são conceituadas como: “as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”⁸. Seguindo essa definição, repartição de competências é o fracionamento do poder geral em várias modalidades que são destinadas às entidades federativas, a fim de que essas possam desempenhar suas funções. Somente com essa divisão poder-se-á prestar serviços públicos eficientes, uma vez que a descentralização do poder propicia que as atuações estatais sejam mais objetivas e imediatas.

A Constituição Federal de 1988 determina quais as competências de cada Ente, sendo competência da União legislar sobre assuntos de interesse nacional ou predominantemente geral⁹, os Estados-membros detêm competências residuais para tratar de assuntos de interesse regional, na forma do art. 25, § 1º da CRFB/88¹⁰, o Distrito Federal, em razão da sua natureza híbrida, foi atribuído competência para tratar de assuntos ora local, ora regional, na forma do artigo 32, §1º da CRFB/88¹¹, Enquanto que aos Municípios foi conferido, entre outras atribuições, competência para legislar sobre assuntos de interesse local, além de complementar, quando possível, a legislação federal e estadual, na forma do artigo 30, incisos I e II da Carta Magna. A Constituição define, ainda, que as fiscalizações dos Municípios sejam exercidas pelo Poder Legislativo municipal, em outras palavras, pelos Vereadores, além do controle interno do Poder Executivo municipal, conforme consta no artigo 31 da Constituição da República de 1988¹².

⁶ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 600.

⁷ *Ibid.*, p. 602.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 479.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ *Ibidem*

¹² *Ibidem*.

A Constituição enumerou competências próprias de cada Ente como privativas e exclusivas, assim como, trouxe competências comuns e concorrentes a todos os Entes, para que todos eles possam exercer determinada modalidade de Poder. Nos casos de competência concorrente, cabe à União legislar de forma geral sobre as matérias elencadas no art. 24 da CRFB/88¹³ e cabe aos demais Entes legislar de forma supletiva, porém se a União quedar-se inerte, os Estados e o Distrito Federal poderão legislar de forma geral e suplementar, exercendo competência plena. Já as competências comuns são àquelas de esfera administrativa estabelecidas no artigo 22 da CF¹⁴, em que os Entes atuam de forma simultânea.

No que tange à matéria ambiental, objeto da presente pesquisa, compete a todos os Entes Federados proteger ao meio ambiente sendo uma atribuição administrativa comum na forma do artigo 23, III, IV, VI, VII e XI da Constituição da República¹⁵.

Na prática essa cooperação ambiental entre os Entes Políticos por muito tempo foi meramente retórica pela ausência de LC para regulamentar o tema, especialmente no que concerne ao licenciamento ambiental de atividades lesivas ao meio ambiente. Mas em 09/12/2011 foi publicada a LC 140/2011¹⁶, que tratou sobre o tema com o objetivo de reduzir os conflitos de competências ambientais, principalmente quanto ao licenciamento ambiental, garantindo uma política ambiental uniforme (Política Nacional do Meio Ambiente; Políticas Estaduais do Meio Ambiente; Política do Meio Ambiente do Distrito Federal e Política Municipal do Meio Ambiente)¹⁷.

O STF, já se posicionou sobre a competência legislativa dos Municípios para editar normas na esfera de seu interesse local sobre proteção ambiental junto com a União e os Estados, na forma do RE 586.224, por isso, a competência legislativa para implementar e fiscalizar os cemitérios fica a cargo dos Municípios. A competência administrativa está exposta no art. 23, VI da CRFB/88 que dispõe sobre a competência comum dos Entes Federados para proteger o meio ambiente. Já pela leitura sistemática dos arts. 24 c/c 30 da CRFB/88, se depreende a competência concorrente da União, Estados, DF e Municípios para legislar sobre meio ambiente.

Portanto, é comum dos Entes Federados a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI, da CRFB/88), regulamentado pela LC nº

¹³ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ BRASIL. *Lei Complementar nº 140*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm > Acesso em: 21 jul. 2022.

¹⁷ AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 60-62.



140/2011, que em seu art. 9º, XIV, determinou a competência aos Municípios para a realização de licenciamento ambiental de cemitérios, sendo, excepcionalmente de competência supletiva dos Estados. Além disso, o art. 30, V da CRFB/88, concedeu aos municípios competência para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços funerários.

É dever constitucional dos Municípios a ordenação e fiscalização ambiental com a observância de posturas e normas urbanísticas na ocupação do solo urbano, por meio do exercício do poder de polícia, bem como propor e executar políticas de planejamento urbanístico, nos termos do art. 182, caput, da CRFB/88. Destarte, cabe aos Municípios operar de forma regular seus cemitérios diretamente ou por terceiros.

A doutrina e a jurisprudência já se posicionaram, quanto à competência municipal para legislar sobre matérias atinentes a cemitérios. O Rio de Janeiro, apresenta na Resolução da Secretária Municipal do Meio Ambiente- SMAC- nº 569 de 22 de agosto de 2014, que transmite a competência ao Município do Rio de Janeiro, por meio da sua Secretaria Municipal do Meio Ambiente para conceder o licenciamento ambiental¹⁸.

Por ser uma atividade altamente prejudicial ao meio ambiente para o seu funcionamento é necessário licença ambiental, que um ato discricionário, *sui generis*¹⁹, ou seja, pode ter regime jurídico similar ou idêntico à autorização administrativa. O licenciamento ambiental é um procedimento administrativo em que o Poder Público competente impõe a empreendedores que usem ou impactem os recursos naturais a cumprir algumas obrigações de fazer ou não fazer, assim como tolerar ações do próprio Poder Público. O licenciamento ambiental foi criado pela Política Nacional do Meio Ambiente (PANAMA), sendo definido no art. 1º, inciso I da Resolução do Conama nº 237/97²⁰.

O licenciamento ambiental é um procedimento administrativo de alta complexidade objeto de importante instrumento de gestão do meio ambiente, posto que a administração pública exerce o controle das atividades humanas que interferem no meio ambiente com o objetivo de conciliar o desenvolvimento econômico com a conservação do meio ambiente, além de protegê-lo e preservá-lo por ser necessário para a existência de uma humanidade sadia e digna. A relevante importância do licenciamento ambiental faz com que seu processo de concessão seja dividido em três fases, que são: 1) licença prévia (LP) concedida

¹⁸ RIO DE JANEIRO. Secretária Municipal do Meio Ambiente. *Resolução nº 569*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=274026>> Acesso em: 1 ago. 2022.

¹⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução nº 237*. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>> Acesso em: 13 ago. 2022.

preliminarmente, aprovando o projeto, atestando sua viabilidade ambiental, bem como os requisitos básicos para a próxima fase; 2) licença de instalação (LI), que autoriza a instalação do empreendimento, impondo condicionantes que deverão ser observadas; 3) licença de operação (LO), permitindo o início da atividade, nos moldes do projeto aprovado, ressaltando as medidas ambientais de controle as condicionantes.

No decorrer de cada fase do licenciamento haverá a realização de estudo prévio de impacto ambiental com a elaboração de relatório, o que ocasionará em alguns casos a realização de audiência pública para possibilitar a participação e consulta da sociedade interessada. A previsão a respeito da necessidade/obrigação de se realizar prévio estudo para minimizar os impactos ambientais está disciplinada no art. 3º da Resolução 237/97²¹.

O licenciamento ambiental é um importante instrumento para a consecução da Política Nacional do Meio Ambiente, listado no inciso IV, do artigo 9º, da Lei 6.938/1981²², sendo corolário de determinação constitucional direcionada ao Poder Público para controlar a poluição, na forma do artigo 225, § 1º, inciso V da CRFB/88²³. Conforme amplamente salientado no capítulo 1, os danos causados pelos cemitérios são gravíssimos, portanto, para sua implantação é necessário que se realize o devido licenciamento ambiental para compatibilizar o desenvolvimento econômico e social com a preservação do meio ambiente do equilíbrio ecológico.

Todavia, a previsão de licenciamento ambiental das necrópoles é recente, foi disciplinada pela primeira vez no ano de 2003, o que causa insegurança. Haja vista que tais locais existem desde os primórdios da civilização. Todavia, a sociedade e o Poder Público não direcionaram sua atenção para os cemitérios, porque os compreendem apenas pelo prisma religioso e sagrado. No entanto, tais locais vão muito além dessa ótica, haja vista que se não forem devidamente implantados, observando todas as normas de licenciamento e proteção ambiental e fiscalizados podem causar a destruição da humanidade.

Outrossim, tais informações deveriam ser amplamente divulgadas por todos os meios de comunicação, por meio de políticas públicas efetivas para conscientizar toda a sociedade dos danos ocasionados pelos cemitérios irregulares. Não obstante, essas políticas públicas de educação ambiental e acesso à informação não ocorrem, pois, muitos cemitérios são constituídos como relevantes empreendimentos, altamente rentáveis tanto na esfera do Poder

²¹ Ibidem.

²² BRASIL. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acesso em: 13 ago. 2022.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.



Público quanto privado, ou seja, administrados por prefeituras, empresas ou entidades religiosas.

Ressalta-se, que a primeira legislação que versou sobre o licenciamento ambiental no Brasil foi a Resolução do Conama nº 335/03, porém a maioria dos cemitérios brasileiros foram construídos muito antes de 2003, o que causa grave instabilidade e insegurança, quanto a adequação de tais locais as normas ambientais e efetiva fiscalização e aplicação de sanção eficaz na ausência do enquadramento das diretrizes ambientais.

3. A FISCALIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DEVIDO A INOBSEVÂNCIA DAS NORMAS AMBIENTAIS

Os cemitérios são bens públicos de uso especial, como decidido pelo STJ, no Recurso Especial nº 747.871-RS²⁴, assim sendo podem ser utilizados diretamente ou mediante concessão de uso especial, na forma do Recurso Especial nº 747.871-RS²⁵. Neste último caso, os particulares exploram serviço de interesse público por meio de concessão e o poder concedente deve intervir na sua gestão motivado por interesse público, como julgado no Recurso Especial nº 622.101-RJ²⁶.

A partir da vigência da Resolução Conama nº 335/2003²⁷, os órgãos ambientais municipais passaram a ter obrigação de licenciar e fiscalizar a implantação de novos cemitérios, sendo que no caso de unidades mais antigas, foi homologada nova resolução do CONAMA, que estabeleceu prazo máximo até dezembro de 2010 para definição de critérios de adequação das unidades disponíveis antes de 2003. Ocorre que, a atividade funerária é altamente rentável, gera em torno de três bilhões de reais por ano. Visto que, além da aquisição e gestão de espaços, terrenos e imóveis, também há lucros com: Planos assistenciais e funerários; Aquisição e manutenção de jazigos; Homenagens com urnas especiais, artigos de recordação, flores e obras

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp* nº. 747.871-RS, Relator: Eliana Calmon. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2051082/recurso-especial-esp-747871/inteiro-teor-12227837>> Acesso em: 13 ago. 2022.

²⁵ Ibidem.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp* nº. 622.101-RJ. Relator: Min. José Delgado. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7333229/recurso-especial-esp-622101-rj-2004-0007826-6/inteiro-teor-13021549>> Acesso em: 13 ago. 2022.

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução nº 335*. Disponível em: <<http://www.ipaam.am.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/Conama-335-03-Cemit%C3%A9rios.pdf>> Acesso em: 13 ago. 2022.

de arte; Realização de sepultamentos e cremação; Infraestrutura para atendimento às famílias, com oferta de acomodações, estacionamento, restaurantes e espaços para cerimônias²⁸.

Destarte, muitos municípios ficam inertes quanto a regularização e fiscalização das Necrópoles, quedando-se omissos mesmo após o decurso de mais de uma década a da edição da Resolução 335 do CONAMA. Sequer realizaram a apresentação de requerimento de licença ambiental ou adotaram medidas minimamente necessárias à cessação e reparação dos danos, inclusive a identificação de novas áreas para a implantação de cemitérios sustentáveis. Diante da omissão de muitos Municípios, faz-se necessário identificar, remediar e prevenir os danos ambientais decorrentes do sepultamento de corpos humanos, bem como impedir a consolidação de novas irregularidades, impondo-se a regularização dos Cemitérios Municipais, através do licenciamento e adequação às normas existentes.

Na ausência de adequação as normas ambientais, os Entes devem ser responsabilizados civilmente na esfera ambiental, responsabilidade esta que advém de previsão constitucional, uma vez que as atividades lesivas ao meio ambiente impõem aos poluidores, pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente pela atividade causadora da degradação ambiental (art. 3º, IV da Lei nº 6938/81²⁹), a sanções penais e administrativas, independente da sanção civil com o dever de reparar, na forma do art. 225, §3º da CRFB/88³⁰. Sendo certo que a responsabilidade civil é independente das responsabilidades criminal e administrativa, nos moldes do art. 935 do CC/02³¹, inexistindo *bis in idem*, na aplicação de sanções penais, administrativas e indenizatórias.

No caso dos cemitérios, quando o serviço for prestado diretamente pelo Ente Municipal, sem a observância das normas ambientais pertinentes, irá causar danos à saúde pública, ao meio ambiente, e conseqüentemente, a coletividade, portanto, sua responsabilidade civil será direta objetiva e imediata. Já quando o Ente Estatal fornece a concessão de uso do serviço ao particular e este não observa as normas de proteção ambiental e de funcionamento que culmina em conseqüente degradação ambiental, o Poder Público por sua omissão e ausência de fiscalização será considerado o poluidor indireto, há assim, dois responsáveis solidários pelos danos ambientais, o poluidor direto (concessionária) e poluidor indireto (Poder Concedente). Sendo

²⁸ BLOXS. *Investir em cemitérios pode ser muito mais lucrativo do que você imagina*. Disponível em: <<https://conteudos.bloxs.com.br/investir-em-cemiterios-pode-ser-muito-mais-lucrativo-do-que-voce-imagina/>> Acesso em: 13 ago. 2022.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 22.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 13 ago. 2022.

certo, que o licenciamento da atividade poluidora, não enseja na exclusão da responsabilidade civil do poluidor indireto, haja vista que a responsabilidade civil não é sancionatória e sim reparatória.

A responsabilidade civil do poluidor por danos ambientais é objetiva, ou seja, independentemente da existência de culpa, conforme se depreende o art. 14, §1º da Lei nº 6.938/81, da mesma maneira que, é disciplinado na Teoria do Risco Integral, em que a responsabilidade civil não quebra o vínculo de causalidade por fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor pagador.

A responsabilidade solidária do Estado, consiste no fato em possui o dever de agir para evitar o dano ambiental, no entanto se mantém inerte ou se comporta de forma negligente e deficiente, então, sua responsabilidade advém da omissão ilícita, quando por exemplo, necessita fiscalizar locais para averiguar a adequação as normas ambientais, mas permanece inerte ou deixa de adotar medidas preventivas pertinentes para impedir o dano pelo causador direto, como conceder licenciamento ambiental a quem não preencheu os requisitos.

Todavia, a responsabilidade da Administração Pública, na qualidade de poluidor indireto, por danos ao meio ambiente, decorrente da sua omissão no dever de fiscalização apesar de ser de caráter solidário é de execução subsidiária, conforme enunciado da súmula 652 do STJ³², ou seja, o dever de reparação deve ser direcionado ao poluidor direto, que somente será atribuído ao Ente em caso de impossibilidade total ou parcial do cumprimento da prestação judicial imposta ao efetivo causador do dano. E, após a reparação do dano o Ente Estatal deverá ingressar com ação de regresso em face do efetivo poluidor (art. 934 do CC/02)³³, e se necessário, utilizar o mecanismo desconsideração da personalidade jurídica pela teoria menor, evitando assim, injusta oneração da sociedade, que acaba respondendo pelo dano ambiental causado diretamente por agente privado.

Diante da relevância do dano ambiente é cabível ainda, a inversão do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil ambiental, na forma enunciado jurisprudencial do verbete 618 do STJ³⁴, com fundamento no interesse público da reparação e no Princípio da Precaução, onde na dúvida sempre com a finalidade de proteger a natureza deverá prevalecer a escolha pela

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 652*. A responsabilidade civil da Administração Pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fiscalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=652&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

³³ BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 618*. A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2022.

medida que ofereça maior proteção ecossistema, pois poderá ser imputado ao responsável o ônus de comprovar a inexistência de dano ambiental a ser reparado.

A ocorrência de dano ambiental enseja na obrigação de reparar e indenizar, inclusive à título de compensação por danos extrapatrimoniais, pois é necessária uma reparação ambiental de forma completa, seja para reparar a área lesionada e/ou para indenizar pelo dano interino ou intermediário, bem como o dano moral coletivo e residual, conforme julgamento do REsp nº 1.114.893³⁵.

A proteção ao meio ambiente é um direito indisponível e o dano ambiental sempre terá uma vertente não patrimonial difusa, podendo por via reflexa, atingir o patrimônio material público ou privado das gerações presentes e futuras. Destarte, a pretensão reparatória ambiental imaterial não está sujeita a prazo prescricional, sendo também, irrelevante a licitude ou não da atividade causadora do dano, para ensejar a responsabilidade civil pública ambiental, pois não se discute a legalidade do ato.

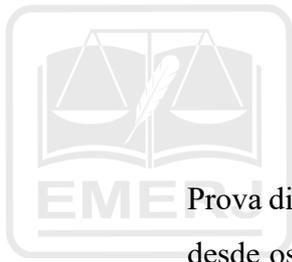
Diante da omissão dos Municípios, faz-se necessário identificar, remediar e prevenir os danos ambientais decorrentes do sepultamento de corpos humanos, bem como impedir a consolidação de novas irregularidades, impondo-se a regularização e fiscalização dos cemitérios, por meio de licenciamento e adequação às normas existentes e aplicação de sanções efetivas, diante do descumprimento das normas, bem como, obrigação de recuperar o meio ambiente degradado.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e sociais entre os danos ambientais e à saúde causados pelos cemitérios e a ausência de fiscalização e responsabilização do Ente Público competente para legislar e administrar tais locais.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que apesar dos graves danos causados, tais informações são omitidas da população, que desconhecem a existência de cemitérios irregulares e os danos que causam ao planeta. A questão é importante e mesmo assim é abandonada pelo Poder Público.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 1.114.893/SP*, 2ª Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=930882&num_registro=200802431688&data=20120228&formato=PDF> Acesso em: 13 ago. 2022.



Prova disso, é que o ato de enterrar as pessoas em cemitérios está enraizada na cultura brasileira desde os primórdios e a primeira vez que o ordenamento jurídico brasileiro tratou do tema de regularização e licenciamento das necrópoles, ocorreu no ano de 2003 com a Resolução do Conama nº 335/03. Porém, apesar de atualmente já existir, no ordenamento jurídico pátrio, normas para o licenciamento ambiental, em 2003 já havia muitos cemitérios que funcionavam sem o cumprimento das normas ambientais e que permanecem em funcionamento até hoje sem cumprir as determinações de licenciamento ambiental.

O art. 30 da CRFB/88, dispõe que é de competência dos Municípios legislar sobre os interesses locais. Como cada município tem seu cemitério, então é de competência dos municípios organizarem e prestarem serviço relacionados aos cemitérios. Todavia, nada dispõe sobre de quem é a competência para fiscalização e licenciamento ambiental. A Lei 3106/2010 criou a secretaria municipal do meio ambiente, mas foi silente quanto a competência desse órgão quanto a fiscalização dos cemitérios. Por analogia, o art. 1º, XXIX da Lei 3106/2010 se a secretária municipal do meio ambiente é responsável por fiscalizar os aterros sanitários, também é responsável por fiscalizar os cemitérios, tendo em vista que ambos causam contaminação ambiental muito parecidas. Ambos causam contaminação ao ar, ao solo e aos lençóis freáticos através do *necrochorume*, que pode causar doenças em uma cidade inteira, sobretudo as localidades mais carentes que não possuem saneamento básico.

Apesar disso, a realidade é bem diferente, pois a maioria dos municípios fornecem licenciamento ambiental indevido e não fiscalizam o seu funcionamento, portanto muitos desses ambientes continuam contaminando o meio ambiente e causando danos à saúde e funcionam normalmente, sem sofrer nenhuma penalidade por isso. Tendo em vista que, na maioria das vezes o proprietário do cemitério, é o próprio Município que também é o responsável pela fiscalização, destarte a confusão de proprietário e fiscal nas mãos da mesma pessoa acaba com sua imparcialidade e efetiva aplicação da responsabilidade civil ambiental.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

BLOXS. *Investir em cemitérios pode ser muito mais lucrativo do que você imagina*. Disponível em: <<https://conteudos.bloxs.com.br/investir-em-cemiterios-pode-ser-muito-mais-lucrativo-do-que-voce-imagina/>> Acesso em: 13 de ago. 2022.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução nº 237*. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>> Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução nº 335*. Disponível em: <<http://www.ipaam.am.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/Conama-335-03-Cemit%C3%A9rios.pdf>> Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 jun. 2022.

_____. *Lei Complementar nº 140*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm> Acesso em: 21 jul. 2022.

_____. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 622.101-RJ*. Relator: Min. José Delgado. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7333229/recurso-especial-resp-622101-rj-2004-0007826-6/inteiro-teor-13021549>> Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 747.871-RS*, Relator: Eliana Calmon. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2051082/recurso-especial-resp-747871/inteiro-teor-12227837>> Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 1.114.893/SP*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=930882&num_registro=200802431688&data=20120228&formato=PDF> Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Justiça. *Súmula nº 618*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Justiça. *Súmula nº 652*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=652&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº 23/2017*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/OpiniaoConsultiva23versofinal.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2022.

COSTA, Beatriz Souza; CUSTÓDIO, Maraluce Maria. *A Cultura da Morte no Brasil: Os Impactos Ambientais Causados Pelos Cemitérios ao Meio Ambiente e aos Seres Humanos*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a48f43f12770677c>> Acesso em: 20 jun. 2022.

FARIAS, Márcio de Almeida. *Fundamentos éticos-filosóficos para a proteção do meio-ambiente: relação homem-natureza, do antropocentrismo ao biocentrismo*. Disponível em:



<<https://jus.com.br/artigos/44550/fundamentos-eticos-filosoficos-para-a-protecao-do-meio-ambiente-relacao-homem-natureza-do-antropocentrismo-ao-biocentrismo-ecologia-profunda-deepecology#:~:text=Desse%20modo%2C%20podemos%20afirmar%20que,satisfa%C3%A7%C3%A3o%20e%20progresso%20da%20humanidade.&text=O%20homem%20deixa%20de%20ser%20o%20centro.>> Acesso em: 05 jul. 2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm. 2020.

RIO DE JANEIRO. Secretária Municipal do Meio Ambiente. *Resolução n° 569*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=274026>> Acesso em: 10 ago. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Thamires Olimpia. "*Principais riscos da geração de energia nuclear para o meio ambiente*"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/principais-riscos-geracao-energia-nuclear-para-meio-ambiente.htm>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SUCESSÕES NA ERA DIGITAL: UM ESTUDO SOBRE O IMPACTO DAS REDES SOCIAIS E SEU POTENCIAL MONETIZADOR, INCUSIVE *POST MORTEM*

Thalyta Eloah Alves Santana

Advogada. Pós Graduada em Processo Civil pela UniAmérica

Resumo – o presente artigo enfoca a temática do estudo do direito sucessório e a possibilidade de sucessão de bens imateriais virtuais, isso é, a viabilidade de herança digital com a transmissão das contas em redes sociais com potencial monetizador, no post mortem. Busca-se entender a legislação sucessória brasileira e a possibilidade de proteção das redes sociais como bens imateriais passíveis de herança, quando da sua capacidade econômica. No presente trabalho visa-se o estudo dos posicionamentos doutrinários e a análise empírica de casos concretos, com a finalidade precípua de sustentar a necessidade de regulamentação de legislação própria para direcionar objetivamente a temática.

Palavras-chave – Direito das sucessões. Herança digital. Redes Sociais.

Sumário – Introdução. 1. A sucessão no direito privado e a constitucionalidade do direito de herança. 2. Redes Sociais como instrumento de trabalho e seu potencial monetizador, inclusive no post mortem. 3. Divergência entre direito personalíssimo e bem patrimonial, passível de herança. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO.

O presente artigo científico tem como escopo o estudo das sucessões na era digital, discute-se a possibilidade de herança das redes sociais. Procura-se estudar o impacto das redes sociais e seu potencial monetizador, inclusive post mortem. Para tanto, aborda-se posições doutrinárias a respeito do tema de modo a entender a transformação das relações sociais, o avançar da tecnologia, a legislação sucessória brasileira e a possibilidade de proteção das redes sociais pela atual legislação.

Em primeiro lugar, pesquisa-se sobre o direito privado brasileiro, notadamente direito civil sucessório e a sua amplitude constitucional. A partir do estudo da legislação brasileira sobre sucessão, busca-se entender as especificidades e limites do tema perante a realidade fática da era digital.

Após o estudo da legislação vigente sobre direito sucessório, busca-se contextualizar a literatura brasileira existente sobre expansão dos meios digitais como instrumento de trabalho. Com isso, busca-se analisar as redes sociais sob a perspectiva de mecanismo de auferição de renda e riqueza, notadamente através de postagens de publicidade; citando exemplos práticos da atualidade para ratificar o potencial monetizador das redes sociais.

Por fim, no terceiro capítulo, busca-se confrontar o atual entendimento

consolidado das redes como um direito personalíssimo com a tese de reconhecimento como bem patrimonial, em decorrência do potencial de constituição de patrimônio. Defende-se a necessidade de aparato normativo e doutrinário que disponha sobre a inclusão como direito sucessório, incluindo as redes sociais como bens passíveis de sucessão e direito de herança.

A pesquisa é preponderantemente bibliográfica, desenvolvida através do método hipotético-dedutivo, uma vez que pretende-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa com o exame de alguns casos, sem o intuito de esgotar o estudo do caso estudado ou aspecto abordado, mas com o fim de melhor entender o tema estudado na fase exploratória da presente pesquisa, para sustentar a tese.

1 DIREITO FUNDAMENTAL DE HERANÇA E SUAS APLICAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito de herança teve assento constitucional pela primeira vez na história brasileira. O art. 5º da CRFB/88 em seu inciso XXX¹ prevê o direito de herança no rol dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, o direito sucessório passou a ser considerado um dos direitos que estabelecem a dignidade da pessoa humana, proporcionando o pleno exercício da cidadania.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho² a dignidade da pessoa humana é um princípio basilar em nosso ordenamento jurídico, traduzindo o valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas expectativas e possibilidades na esfera patrimonial e afetiva, que são indispensáveis à realização pessoal e à busca da felicidade.

A Carta Política, ao reconhecer o direito sucessório como direito fundamental, teve com objetivo a preservação da base da sociedade, que é a família, e também buscou assegurar que os bens pudessem ser transmitidos aos familiares do autor da herança com a abertura de sua sucessão, sempre centrada na ideia de manter, através do direito sucessório, os vínculos familiares.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 mar 2022.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6. p. 49.

Conforme o autor Clóvis Beviláqua³, o direito sucessório de herança é um poderoso estímulo para o aumento da riqueza pública, um vínculo para a consolidação da família e um meio de distribuir a riqueza do modo mais apropriado à sua conservação e ao bem-estar dos indivíduos; pois a lei lhe garante o gozo dos bens e dos seus sucessores, quando mortos os titulares do patrimônio.

Garantido constitucionalmente, o Direito das Sucessões está regulado pela lei nº 10.406/02 – conhecida como Código Civil (CC/02), no livro quinto e último⁴, entre os arts. 1.784 e 2.027 do CC/02⁵. Doutrinariamente, herança é o conjunto de bens, direitos e obrigações, que uma pessoa deixa aos seus sucessores após sua morte, entende-se a herança como complexo único, mesmo que seja pertencente a vários os herdeiros.

Dentre a estudiosa doutrina, ressalta-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves⁶:

A palavra ‘herança’ tem maior amplitude, abrangendo o patrimônio do de cujus, que não é constituído apenas de bens materiais e corpóreos, como um imóvel ou um veículo, mas representa uma universalidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico.

Já para Sílvio de Salvo Venosa⁷, a herança tem como conceito patrimônio, conforme elucida o autor:

Destarte, a herança entra no conceito de patrimônio. Deve ser vista como o patrimônio do de cujus. Definimos o patrimônio como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança.

Nesse sentido, observa-se que para que exista o direito de herança deve existir anteriormente o evento morte. Com a morte do autor do acervo hereditário, há o fim da existência da pessoa natural, ou seja, fica extinta a personalidade civil da pessoa, que foi iniciada com o seu nascimento com vida na forma do art. 2º CC/02⁸. O segundo efeito da morte é o início da sucessão. Sobre esse tema, é importante mencionar o principal

³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. p. 13.

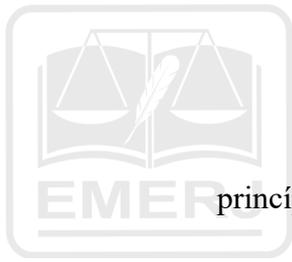
⁴ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka dispõe que assim como a vida termina com a morte, o Código Civil também termina com ela, por isso, o direito de sucessão está no seu último livro. Começa o Código com o surgimento da própria vida, ao tematizar a personalidade; em seguida, avança para as relações obrigacionais e o trato das coisas – o núcleo patrimonial da vida de todo o cidadão, os contratos, atingindo o ápice nas relações havidas entre entes familiares – o núcleo existencial e destino de vida de todo o cidadão; por fim, conclui-se com o fato da morte – o núcleo da transmissão hereditária e destino final de vida de todo o homem. O Direito Civil está presente em todas as fases da vida, o que inclui o nascimento, a morte e suas consequências. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo, 2010. p. 11.

⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v.7: Direito das Sucessões. Editora Saraiva, 2017, p.45.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.7.

⁸ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. BRASIL, op. cit., nota 5.



princípio do direito sucessório: o princípio da *saisine*.

Pelo princípio da *saisine*, com o evento morte, ocorre a imediata transferência da herança aos sucessores legítimos e testamentários da pessoa falecida, sem a necessidade de sua aceitação ou concordância. Esse efeito imediato da sucessão acontece com o intuito de impedir que o patrimônio deixado fique sem titular durante o período em que se aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do *de cuius*.

No que diz respeito à legislação aplicável, é importante destacar que a lei que regula a sucessão é a vigente ao tempo do falecimento, assim como a legitimação para suceder é analisada na abertura da sucessão. Com o evento morte acontece também a chamada delação ou devolução sucessória, com ela, o patrimônio ativo e passivo da pessoa falecida passa aos seus herdeiros, que serão os novos titulares. Esse patrimônio, como anteriormente mencionado, é tido como um complexo, um todo unitário, uma verdadeira “massa patrimonial”.

Com esse entendimento, chega-se a outro princípio fundamental do direito sucessório, o da indivisibilidade da herança. Ou seja, a herança deve ser considerada universal até o momento da partilha, dessa forma os direitos provenientes dos bens dispostos no acervo hereditário ficam indivisíveis, sendo disciplinados pelas regras do condomínio, sendo ineficaz a cessão por um dos herdeiros sobre qualquer bem, a título singular, ou sem autorização judicial; contudo qualquer dos herdeiros tem legitimidade para reclamar a universalidade da herança em face de terceiro.

A sucessão pode-se dar em duas modalidades, ela pode ser legítima ou testamentária. Essa se dará quando o falecido deixou testamento ou codicilo – ato simplificado para valores de pequena monta – expressando a sua vontade acerca da destinação de seus bens e aquela tem por fundamento o fato de que, se o falecido não fez testamento, formalizando a sua vontade em relação à destinação de seus bens, presume-se que a lei expressa a sua vontade.

No que diz respeito a natureza jurídica da sucessão, ela trata-se de bem imóvel, como depreende-se do art. 80, II do CC/02⁹ que implica que a cessão – que pode ser gratuita ou onerosa – da quota de que disponha o co-herdeiro exige escritura pública, conforme do art. 1.793 CC/02¹⁰ e também outorga do cônjuge supérsiste na hipótese de o

⁹ Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: II - o direito à sucessão aberta. BRASIL, Ibid..

¹⁰ Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública. BRASIL, Ibid.

regime de casamento não ser de separação absoluta, nos termos do art. 1.647 CC/02¹¹, sob pena de nulidade absoluta do ato.

Realizadas tais exigências, a sucessão pode se perfectibilizar. Como á analisado, a sucessão recai sobre bens patrimoniais, direitos e obrigações do *de cuius*. Contudo, no que diz respeito aos bens, há patente desequilíbrio entre o conceito de bem abrangido pela legislação vigente – material, físico e a realidade fática que através da tecnologia proporcionou o surgimento de bens imateriais virtuais.

Neste contexto, constata-se que o direito sucessório contemporâneo encontra-se em um momento de necessária evolução e adequação à era digital. Isso porque com o passar do tempo, o valor dos bens se modificou. O que antes só se auferia valor de cunho patrimonial os bens materiais e tangíveis, atualmente passaram a ser considerados bens de naturezas distintas. Nesse sentido, infere-se que as redes sociais são bens abrangidos pelo conceito de imateriais por não contarem com existência física, tangível e/ou material, existindo somente na esfera virtual.

Conforme dispõe o Código Civil brasileiro, a personalidade civil da pessoa natural se extingue com a morte. Nesse sentido, considerando que as redes sociais são bens imateriais e que atualmente não há reconhecimento expresso pelo ordenamento jurídico do seu conteúdo como bem passível de herança, via de regra, não haveria garantia acerca do patrimônio virtual da pessoa após a sua morte.

Nesse sentido, os perfis nas redes sociais com milhares de seguidores que se identificam com o conteúdo exibido e que são usados como ferramenta de trabalho e como mecanismo para gerar lucro não só podem como devem ser considerados como espécie de herança.

Por isso, nesta pesquisa, no que diz respeito aos bens passíveis de herança, trabalha-se com a ideia de Venosa de que a herança compreende o patrimônio transmissível, portanto, contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente.

Ressalta-se que embora ainda não exista legislação específica sobre o tema, a herança dos bens digitais é totalmente possível e tem amparo constitucional, tendo em

¹¹ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. BRASIL, Ibid.

vista que o art. 5º, inciso XXX CRFB/88¹² prevê o direito de herança de forma ampla e irrestrita e o Código Civil brasileiro, quando regulamenta esse direito, dispõe em seu art. 1.786¹³ que a sucessão se dá por lei ou por disposição de última vontade, sendo plenamente possível e legal a herança das redes sociais, desde que exista manifestação expressa deixada pelo falecido, notadamente no que se refere ao legado virtual com valor econômico.

2 POTENCIAL MONETIZADOR DAS REDES SOCIAIS, INCLUSIVE APÓS A MORTE DO TITULAR

A partir da abordagem legal e doutrinária apresentada acerca do instituto da sucessão no Brasil, é possível afirmar que com a morte do titular do patrimônio inicia-se a abertura da sucessão de forma a legitimar os chamados a suceder, seja através da lei, por testamento ou codicilo, para que substituam a titularidade das relações jurídicas deixadas pelo de *cujus*.¹⁴

Desta forma, o intuito desta pesquisa é a verificação acerca da possibilidade de integração das redes sociais ao acervo patrimonial hereditário do falecido. Então, cabe apresentar, sem a intenção de esgotar o assunto, o potencial monetizador das redes sociais. Para isso, importa mencionar que o avanço legislativo que acompanhou as mudanças sociais, também possibilitou a garantia de direitos para o uso da internet, como o marco civil da internet (Lei nº 12.965/14)¹⁵.

Com o marco civil da internet, o avanço da rede mundial de computadores e a difusão das redes sociais, as pessoas adaptaram-se às formas virtuais de interações humanas, tanto para comunicação e compartilhamento de dados pessoais como para o seu trabalho. Com a era digital, surgiram novas profissões, como as de blogueiros e influenciadores digitais, que são alavancadas e sustentadas primordialmente pelas redes.¹⁶ Além disso, personalidades públicas outrora conhecidas como atores, comediantes, cantores, políticos e etc, também fizeram das redes sua fonte de renda, primordialmente através dos *publiposts*.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ Ibid.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6. p. 49.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de Abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 04 abr 2022.

¹⁶ GUIA DE CARREIRA. *10 profissões que surgiram com a Tecnologia*. Disponível em <<https://www.guiadacarreira.com.br/profissao/profissoes-que-surgiram-com-a-tecnologia/>> Acesso em: 04 abr 2022.

Publipost significa uma publicação paga para ser divulgada nas redes sociais, ou seja, pessoas notórias de determinado nicho *posts* são financiadas por empresas para postar sobre seus produtos e/ou serviços em suas redes sociais.¹⁷ Os *publiposts* nada mais são do que um meio de publicidade escolhido por algumas marcas para que pessoas, geralmente referências em determinado assunto, promovam determinada ideia/consumo. As técnicas de publicidade e divulgação nas redes sociais são rentáveis e podem ser estipulados por valores fixos e/ou sobre as vendas.

Ademais, as redes sociais também são um vetor significativo para que as pessoas, principalmente as pessoas públicas – que são seguidas por centenas de milhares e até milhões de seguidores – lancem suas próprias marcas, linhas de produtos, livros, músicas, filmes, cursos, etc. Além de ser um meio gratuito para autopromoção, alcança milhões de pessoas de forma rápida e instantânea. Isso porque muitas dessas redes sociais utilizam *cookies*¹⁸ e tecnologia semelhantes para mostrar conteúdo relevante para cada perfil.

Tendo sido elucidado o poder remuneratório das redes sociais, resta perquirir o seu potencial monetizador após a morte do titular da conta. Para isso, esta pesquisa expõe – sem o fim de analisar, mas sim de apresentar – três diferentes casos de morte do titular da rede social, seus desdobramentos nos meios digitais e o modo de utilização das redes pela família.

O primeiro caso a ser observado nesta pesquisa é o de Gugu Liberato, falecido em 21 de novembro de 2019.¹⁹ Após a sua morte, o apresentador de televisão ganhou mais de 1 milhão de seguidores no Instagram.²⁰ Em fevereiro de 2020, sua família decidiu transformar suas páginas oficiais na *Rede Gugu de Boas Notícias*, que hoje conta com mais de 850 mil seguidores no facebook e 2,4 milhões no Instagram, possuindo mais

¹⁷ PUBLIPOST. *Chama Publipost*. Disponível em <<https://www.facebook.com/chamapublipost>> Acesso em: 04 abr 2022.

¹⁸¹⁸ Cookie é uma tecnologia capaz de monitorar o fluxo do acesso individual do titular de dados, com acesso à internet, dentro da rede mundial de computadores. Ele é utilizado para alimentar o banco de dados do titular usuário do site/aplicativo/rede social que está sendo utilizada, de forma a estabelecer as suas preferências. Ressalta-se que nem todos os dados que o cookie carrega são dados pessoais, como por exemplo, a visita em um site. Contudo, o cookie capta as preferências (assuntos, produtos, serviços) de determinado titular, rastreando suas pesquisas/acessos por determinado período de tempo. G1. *SAIBA como os 'cookies' ou 'web beacons' rastreiam você*. Disponível em <<https://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/saiba-como-os-cookies-ou-web-beacons-rastreiam-voce.html>> Acesso em: 04 abr 2022.

¹⁹ FOLHA DE S. PAULO. *Morre Gugu Liberato, dono de uma das mais brilhantes trajetórias da TV*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/11/morre-gugu-liberato-veterano-dos-auditorios-e-marco-da-tv-brasileira.shtml>> Acesso em: 04 abr 2022.

²⁰ F5 NOTÍCIA. *Gugu Liberato ganha mais de 1 milhão de seguidores no Instagram após morte repentina*. Disponível em <<https://www.f5noticia.com.br/gugu-liberato-ganha-mais-de-1-milhao-de-seguidores-no-instagram-apos-morte-repentina>> Acesso em: 04 abr 2022.

de 75 *posts* – publicados após a sua morte – voltados para disseminar informação positiva, bons exemplos e principalmente para conscientização sobre a doação de órgãos.

O Funkeiro e MC Kavin Nascimento é outro exemplo de influenciador que, após sua morte – em 16 de maio de 2021 – teve um aumento significativo no número de seguidores nas suas redes sociais. Na primeira quinzena de maio de 2021, o MC tinha aproximadamente 8,6 milhões de seguidores no Instaram e hoje tem 10,8 milhões de seguidores. Isso é, mais de 2 milhões de pessoas começaram a acompanhar a rede social do funkeiro após a sua morte²¹.

O mais recente e emblemático caso a ser observado é o da cantora Marília Mendonça. Após um acidente de avião, em 05 de novembro de 2021, a sertaneja, muito ativa nas redes sociais, falece horas após publicar um *reels*²² em seu perfil no Instagram, que contava com 37,5 milhões de seguidores.²³ De forma quase que intantânea, após a notícia de sua morte, o perfil da cantora ganhou milhões de seguidores e hoje conta com 41,8 milhões de seguidores.

Os dois casos anteriores ao da cantora demonstram que as redes sociais possuem grande impacto social na realidade digital, aumentando o potencial monetizador através das redes sociais em razão do aumento significativo do número de seguidores e do engajamento das contas logo após a morte do titular.

Nesse sentido, observa-se que o perfil do apresentador Gugu, não é usado como um memorial²⁴ – nem poderia, pois o conteúdo não era exclusivamente pessoal, mas sim profissional – mas sim como um veículo de difusão de ideias. O perfil de MC Kavin teve apenas um post após a sua morte, divulgando uma retrospectiva de seu engajamento na plataforma de música Spotify²⁵ e, conseqüentemente, aumentando o engajamento do funkeiro nas duas plataformas digitais.

²¹ INSTAGRAM. *MC Kevin*. Disponível em <<https://www.instagram.com/mckevin/>> Acesso em: 04 abr 2022.

²²²² O *reels* no Instagram é uma ferramenta em que se pode fazer gravações instantâneas e editar vídeos, adicionando música, imagens, efeitos e filtros variados. A última publicação da cantora, feita horas antes de sua morte, foi um vídeo *reels* onde aparece trechos de sua viagem até aquele momento. Esse vídeo tem mais de nove milhões e trezentas mil curtidas. TECHTUDO. *Seis mitos e verdades sobre o Instagram Reel*. Disponível em <<https://www.techtudo.com.br/listas/2021/09/seis-mitos-e-verdades-sobre-o-instagram-reels.ghtml/>> Acesso em: 04 abr 2022.

²³ INSTAGRAM. *Marília Mendonça*. Disponível em <<https://www.instagram.com/mariliamendoncacantora/>> Acesso em: 04 abr 2022.

²⁴²⁴ Maria de Fátima Freire Sá, Diogo Luna Moureira e Renato Barbsa Almeida, no livro *Direito privado*, dispõe que quando o perfil da pessoa é exclusivamente pessoal, ele não pode ser transmitido a herdeiros, devendo ser transformado em memorial, bloqueando o acesso à conta virtual do falecido, jamais transferindo a titularidade daquele perfil. SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna; ALMEIDA, Renata Barbosa. *Direito privado*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 108.

²⁵²⁵ É uma plataforma de músicas que remunera os artistas (músicos e compositores) pelo engajamento de suas músicas. A remuneração é feita baseada na quantidade de reproduções de música/artista. SPOTIFY. *O que é o SPOTIFY?* Disponível em <<https://support.spotify.com/br/article/what-is-spotify/>> Acesso em 04 abr 2022

O fato de as contas do apresentador e do funkeiro nas redes sociais ter crescido substancialmente em milhões de pessoas, demonstra o potencial que esse bem imaterial, deixado pelos *de cuius*, tem na vida de seus herdeiros. Contudo, o caso de Marília Mendonça não só demonstra, mas comprova a viabilidade de monetização através das redes sociais – inclusive por meio de publicações pagas – *no post mortem*.

O estudo do caso Marília Mendonça²⁶ pode trazer diversos desdobramentos, contudo não se busca esgota-los neste artigo. Intenciona-se apenas expor uma realidade fática, com o intuito de destacar a necessidade de adequação da proteção jurídica às novas formas de ganho e acúmulo de renda e riqueza, notadamente quanto ao impacto das redes sociais como patrimônio imaterial do *de cuius*.

No caso da cantora sertaneja, pouco mais de um mês após a sua morte, foi publicado um vídeo em seu perfil do Instagram marcado como *publipost*, portanto, uma parceria paga, realizada com a marca de cosméticos Océane. O vídeo anuncia uma linha de maquiagem que a cantora assinou com a marca de cosméticos, contudo, o vídeo está marcado como *publipost* no perfil da cantora, portanto, embora o anúncio seja do lançamento da linha de maquiagem que leva o nome de Marília, a empresa Océane pagou pelo post publicado no perfil da cantora, após a sua morte.

Ora, considerando que é a partir do evento morte que é marcado o fim da personalidade civil²⁷ e que não é reconhecido expressamente pelo ordenamento jurídico o conteúdo virtual das redes sociais como herança, o caso Marília Mendonça não possui amparo legal e/ou jurídico. O *publipost* na rede social da cantora, mesmo que com a autorização de sua família, é uma hipótese de extensão da personalidade civil. Embora a morte determine a sua extinção, este estudo voltado entende que os atos praticados em vida na esfera virtual, geram efeitos mesmo após a morte do sujeito.²⁸

Observa-se que a realidade digital caminha muito além da tutela jurídica quanto aos bens passíveis de herança. Isso porque, atualmente só é reconhecida e aceita utilização da rede social, após a morte do titular, como um memorial. Entretanto, as personalidades que utilizavam as redes com fins profissionais, construíram um patrimônio imaterial virtual economicamente valorável e por isso, também deve recair

²⁶ INSTAGRAM, op.cit., nota 23

²⁷²⁷ Conforme art. 6º do CC/02, que dispõe: “Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.” BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04 abr. 2022.

²⁸ PINHEIRO. Patrícia Peck. *Direito Digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. Disponível em: <<http://docero.com.br/doc/5vvc>>. Acesso em: 15/03/2022.



tutela sobre ele, inclusive a transmissibilidade aos herdeiros.

Os conteúdos digitais – publiposts, vendas direcionadas pelos perfis da rede social – devem ser mantidos e o produto econômico que faz parte do patrimônio, deve ser transmitido aos seus herdeiros do mesmo modo como os demais bens, na forma do direito sucessório regulado pelo CC/02, conforme apresentado no capítulo anterior.

Por ser o direito uma ciência social em constante transformação a fim de atender aos anseios sociais e se adequar às novas realidades, despertou-se o interesse em investigar a possibilidade de se reconhecer o direito de herança decorrente do patrimônio digital, como um bem economicamente valorável. À luz dos fundamentos jurídicos e, sobretudo, dos princípios norteadores das normas civis vigentes em nosso ordenamento, não devem ser mantidos critérios restritos de reconhecimento de bens digitais, pois isso prejudicada o direito fundamental à herança, vez que, em razão da falta de regulamentação expressa, fica prejudicada a segurança jurídica.

3. PROTEÇÃO JURÍDICA DAS REDES SOCIAIS COMO BENS PASSÍVEIS DE SUCESSÃO E HERANÇA

Atualmente as redes sociais são protegidas como direito personalíssimo aos titulares das contas. Esses direitos objetivam tutelar a dignidade humana, na forma do art. 5º, X CF/88²⁹. Nesse sentido, é possível realizar uma interpretação civil constitucional para entender que os direitos personalíssimos dos titulares de contas em redes sociais extinguem-se com o término da personalidade civil, que ocorre com a morte.

Hoje, a tutela das redes sociais, a partir do momento da morte do titular da conta, resume-se exclusivamente ao uso da rede como um memorial. Contudo, como asseverado no capítulo anterior, defende-se nesta pesquisa a abordagem de que as redes sociais podem também ser classificadas como bens imateriais, que quando possuem valoração econômica, compõe o patrimônio de uma pessoa. Nesses casos, há necessidade de tutela jurídica sobre esses bens, que deverão ser passíveis do direito de sucessão e de herança.

Importante salientar que ainda que enquadrem-se no gênero bens incorpóreos

²⁹ Art. 5º, X: “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.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 mar 2022.

e/ou imateriais, o conceito de bens digitais é amplo, na visão de Marcos Aurélio Mendes Lima³⁰ tem-se por bens digitais:

Além de senhas, tudo o que é possível comprar pela internet ou guardar em um espaço virtual como músicas e fotos, por exemplo passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, conseqüentemente, do chamado “acervo digital”. Os ativos digitais podem ser bens guardados tanto na máquina do próprio usuário quanto por meio da internet em servidores com este propósito o chamado armazenamento em “nuvem”

Corroborando com esse entendimento, João Frederico Silva³¹ propõe que: “todo o legado digital de um indivíduo que fica disponível na nuvem ou armazenado em um computador logo após sua morte faz parte de sua herança digital”. Para os fins a que se presta esta pesquisa, trabalha-se especificamente com os bens digitais qualificados como redes sociais, que fazem parte de um legado digital e possuem potencial monetizador post mortem, como já observado.

A Constituição da República garante o à herança³² no rol dos direitos fundamentais, contudo, não roga sobre o conceito de herança. É possível, através de interpretação extensiva, que se compreenda o direito à herança digital também como um direito fundamental. Entretanto, ainda há inconsistências legais e doutrinárias no que diz respeito ao patrimônio tutelado pela herança digital.

O instituto do patrimônio já é cristalizado no direito brasileiro, sendo entendido como um complexo de relações jurídicas que tenham valor econômico. Contudo, a classificação das redes sociais como bens incorpóreos, participantes desse patrimônio para fins de sucessão e herança digital, ainda é um conceito que carece de concretude em nosso ordenamento jurídico. Por isso, o direito digital busca complementar o direito das sucessões nas lacunas criadas pela constante e progressiva evolução dos meios tecnológicos e os desdobramentos que os meios digitais trazem para o conceito de patrimônio. Nesse sentido, a autora Patrícia Pinheiro³³, expõe em seu livro *Direito Digital* que:

(...) o Direito Digital traz a oportunidade de aplicar dentro de uma lógica jurídica

³⁰ LIMA, Marcos Aurélio Mendes. *Herança digital: Transmissão post mortem de bens armazenados em ambiente virtual*. 2016. Monografia (graduação). Universidade Federal do Maranhão. Curso de Direito. Disponível em: <<https://rosario.ufma.br/jspui/handle/123456789/1703>>. Acesso em: 11 out 2021. p. 22.

³¹ SILVA, João Frederico. *Herança digital: a importância desta temática para os alunos dos cursos da Faculdade de Informação e Comunicação da Universidade Federal de Goiás*. 2014. 83 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Biblioteconomia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2014. Disponível em: <<https://piluladedireito.com.br/o-direito-das-sucessoes-e-a-heranca-digital-a-necessidade-de-se-atualizar/>>. Acesso em: 15 mar 2022

³² “Art. 5º XXX - é garantido o direito de herança”. Brasil, op. cit., nota 29

³³ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/5vvc>>. Acesso em 15 mar 2022.



uniforme uma série de princípios e soluções que já vinham sendo aplicados de modo difuso – princípios e soluções que estão na base do chamado Direito Costumeiro. Esta coesão de pensamento possibilita efetivamente alcançar resultados e preencher lacunas nunca antes resolvidas, tanto no âmbito real quanto no virtual, uma vez que é a manifestação de vontade humana em seus diversos formatos que une estes dois mundos no contexto jurídico.

Não obstante entender e buscar soluções na base do Direito Costumeiro, a interpretação conforme o Direito Digital e a sua necessária previsão legal no ordenamento jurídico importa para promover efetividade e segurança jurídica às novas relações jurídicas formadas através da internet. Nessa perspectiva direciona-se a doutrina de Patrícia Pinheiro³⁴, que expõe

(...) uma vez que os veículos de comunicação que compõem a sociedade passam a possuir relevância jurídica (pois se tornaram instrumentos de comunicação em massa), devem, conseqüentemente, ser abordados pelo Direito, sob o risco de gerar insegurança ao ordenamento jurídico e à sociedade.

O ideal para dirimir questões correlacionadas a essa perspectiva, seria a edição de legislação específica que trate sobre herança digital e sucessão de bens imateriais, notadamente de redes sociais. Porém, no Brasil não há legislação sobre a temática e por isso, a interpretação tende a ser extensiva e conforme o código civil, deixando de abarcar diversas dimensões próprias ao direito digital, como a tutela de bens imateriais. Wachowicz³⁵ dispõe assertivamente sobre o tema

(...) decorrente da Era Digital, houve o aparecimento de novos bens, os quais ganharam rapidamente relevo jurídico, nomeadamente os “bens digitais”, que possuem o caráter de riqueza inesgotável supra retratado. Esses bens digitais conseqüentemente trouxeram diversos desafios para o Direito Civil, Autoral, Industrial, etc., bem como no Direito das Sucessões.

Diante dos desafios trazidos pelas novas necessidades sociais e perante a ausência normativa sobre a transmissão de bens digitais, muitas empresas realizam serviços virtuais de gestão de acervo digital. Embora essas redes tenham o intuito de proteger a conta do falecido, não podem tratar sobre os casos em que há possível valoração econômica do acervo contido nas contas.

O tema é novo e são pontuais as manifestações doutrinárias acerca do direito de sucessão das redes sociais com potencial monetizador, sendo escassa a jurisprudência sobre a temática. Inclusive, os casos apresentados no capítulo anterior ainda não foram analisados pela doutrina e/ou jurisprudência. Assevera-se ainda que aguardar a formação de jurisprudência para solucionar casos que envolvam Direito Digital e tecnologia,

³⁴ Id. *Direito Digital*. 6. ed. Saraiva Educação. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647/cfi/0>>. Acesso em: 15 mar 2022.

³⁵ WACHOWICZ, M. *Propriedade Intelectual do Software e Revolução da Tecnologia da Informação*. Curitiba: Editora Juruá. 2018, p. 289

notadamente quanto a interlocução com o direito sucessório, é prejudicial à efetividade da justiça e à segurança jurídica, tendo em vista que tais temáticas estão em constante atualização e transformação.

Para afastar a insegurança jurídica e com o intuito de suprir lacunas, a doutrina recorre ao nominado marco civil da internet, publicado na Lei n.º 12.965 e também aos projetos de lei n.º 4.099 e 8.562. O marco civil da internet tem sido o norte para interpretação dessas questões porque roga sobre direitos, deveres, garantias e princípios para o uso da internet, notadamente nos seus arts. 2º³⁶ e 3º³⁷.

No que diz respeito aos projetos de lei, importante desacat que o PL 8.562/117 dispõe entre outras inovações, sobre o conceito de herança digital e reconhece as redes sociais como conteúdo intangível do falecido, sucetível de herança, na forma dos arts. 1.797-A e 1.797-B³⁸. Já em relação às inovações trazidas pelo Projeto de lei n.º 4.099, ele propõe alterar o art. 1.788 do código civil para que passe a dispor sobre a transmissão de conteúdos de contas ou arquivos digitais do autor da herança³⁹

Embora reconheça-se a importância dos referidos projetos de lei, não busca-se esgotar todas as inovações trazidas por eles, mas expor os principais aspectos que coadunam com a presente. Em tempo, destaca-se que mesmo não estando incorporados no sistema jurídico brasileiro, tais projetos de lei demonstram a percepção da necessidade

³⁶³⁶ Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede. BRASIL. *Lei n.º 12.965*, de 23 de Abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 04 abr 2022.

³⁷³⁷ Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídicos pátrios relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL, op. Cit., nota 36

³⁸³⁸ Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido. Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito a herança será transmitida aos herdeiros legítimos. BRASIL. *Projeto de Lei n.º 8.562*, 12 de setembro de 2017. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1E7CC078E18BBE30A8C4756BEF00D4DF.proposicoesWebExterno2?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012>. Acesso em: 04 abr 2022

³⁹³⁹ Art. 1.788 [...] Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.” BRASIL. *Projeto de Lei n.º 4.099*, de 20 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>>. Acesso em 04 abr 2022

de proteção jurídica das redes sociais a título de bens sucessórios, corroborando com a ideia de que quando geram lucro, são bens passíveis de sucessão e herança.

Destarte, é necessário um direcionamento objetivo acerca da constituição de aparato normativo que disponha sobre direito sucessório para bens digitais, notadamente para as redes sociais, incluindo-as como bens passíveis de sucessão e direito de herança conforme seu potencial monetizador.

CONCLUSÃO

Por tudo o que se expõe, o presente trabalho objetivou elucidar a possibilidade da herança e transmissão de bens armazenados em meio virtual, notadamente, as redes sociais. Para isso, buscou-se demonstrar a transformação das relações sociais e suas formas de comunicação e interação com o avançar da tecnologia, difundindo cada vez mais a era dos meios digitais ou paperless. Tal mudança corroborou com democratização da internet e as redes sociais expandiram suas funcionalidades e, conseqüentemente, sua função social, passando a ser também uma forma de divulgação e venda de produtos e serviços e de publicidade.

Verificou-se que através dos canais de comunicação, as pessoas e, principalmente, aquelas dotadas de personalidade pública, passaram a realizar propagandas, notadamente através de postagens de publicidade em suas próprias redes sociais. Com isso, as redes passam a ter cada vez mais potencial monetizador, gerando acumulação de patrimônio, transformando o modo de vida, trabalho, consumo e também as diretrizes do direito sucessório, após a morte dessas personalidades.

Imperiso foi a tarefa de compreender os diversos desdobramentos das novas formas de patrimônio (digital) com o direito sucessório. Afinal, conforme a discussão apresentada na primeira parte desta pesquisa, em caso de bens sucessíveis é passível que haja o testamento, contudo há expressa vedação da possibilidade de estipulações testamentárias para bens não suscetíveis que gozam de caráter personalíssimo, sendo assim consideradas as redes sociais do *de cuius*, conforme normativa vigente.

Portanto, a relevância desta pesquisa evidencia-se a partir dos novos direitos que surgem com as novas formas de geração de patrimônio através dos bens digitais, notadamente, das redes sociais. De um lado, tem-se o direito sucessório pátrio bem instituído e dogmático. De outro, tem-se a necessidade de adequação deste às necessidades e novas demandas da era digital. Isso porque, diferentemente do que ocorre com os bens materiais que possuem previsão normativa de sucessão, as redes sociais

sequer possuem qualquer amparo jurídico de transmissão para herdeiros após morte do titular da conta.

Para alcançar os fundamentos expostos pela doutrina, bem como alcançar uma possível solução à problemática apresentada, seria importante avançar os meios regulatórios da temática, considerado que o grande potencial monetizador das redes sociais principalmente no post mortem, é de interesse social. Por isso, foi necessário trazer discussões acerca dos projetos de lei sobre a sucessão de bens digitais. Tais elementos demonstram que sem a exata compreensão da necessidade de sucessão específica para bens digitais, não é possível compreender as particularidades que a perpassam.

Nesse sentido, mais acertada é a possível solução exposta no capítulo final deste artigo. Objetivou-se demonstrar a problemática que gira em torno da transmissão de bens digitais e a resposta à lacuna verificada no caso em tela, que pode ser elidida através da aprovação dos projetos de lei apresentados.

É certo que o estudo da nova concepção de herança, dada na era digital, é abrangente e que sua compreensão está em constante evolução. Contudo, no que diz respeito a subsunção dos fatos relatados às normas do Direito brasileiro, ressalta-se que as relações jurídicas realizadas em ambiente virtual, se dotadas de caráter patrimonial, já podem, à luz do ordenamento jurídico vigente, ser classificadas e entendidas como bens passíveis de herança, de forma a integrar o espólio do autor da herança digital.

Conclui-se assim, que o estudo do direito sucessório e a necessária regulamentação acerca da herança digital é temática imprescindível de direcionamento objetivo. Afinal, esbarra na necessária segurança jurídica quanto aos direitos provenientes da sucessão dos bens digitais, havendo necessidade de efetivar de fato e de direito, o reconhecimento e estabelecimento do direito à herança dos bens imateriais virtuais, como as redes sociais patrimonialmente apreciáveis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 mar 2022.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de Abril de 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>.



br/ccivil_02014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 04 abr 2022.

_____. *Projeto de Lei nº 8.562*, 12 de setembro de 2017. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1E7CC078E18BBE30A8C4756BEF00D4DF.proposicoesWebExterno2?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012>. Acesso em: 04 abr 2022

_____. *Projeto de Lei nº 4.099*, de 20 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>
Acesso em 04 abr 2022

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FIALHO, Joaquim; SARAGOÇA, José; BALTAZAR, Maria da Saudade; SANTOS, Marcos (coord.). *Redes sociais. Para uma compreensão multidisciplinar da sociedade*. Lisboa: Edições Sílabo, 2018 (ISBN: 978-972-618-922-0).

FOLHA DE S. PAULO. *Morre Gugu Liberato, dono de uma das mais brilhantes trajetórias da TV*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/11/morre-gugu-liberato-veterano-dos-auditorios-e-marco-da-tv-brasileira.shtml>> Acesso em: 04 abr 2022

F5 NOTÍCIA. *Gugu Liberato ganha mais de 1 milhão de seguidores no Instagram após morte repentina*. Disponível em <<https://www.f5noticia.com.br/gugu-liberato-ganha-mais-de-1-milhao-de-seguidores-no-instagram-apos-morte-repentina>> Acesso em: 04 abr 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6

GUIA DE CARREIRA. *10 profissões que surgiram com a Tecnologia*. Disponível em <<https://www.guiadacarreira.com.br/profissao/profissoes-que-surgiram-com-a-tecnologia/>> Acesso em: 04 abr 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, v.7: Direito das Sucessões*. Editora Saraiva, 2017.

G1. *Saiba como os 'cookies' ou 'web beacons' rastreiam você*. Disponível em <<https://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/saiba-como-os-cookies-ou-web-beacons-rastreiam-voce.html>> Acesso em: 04 abr 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo, 2010

INSTAGRAM. *Marília Mendonça*. Disponível em <<https://www.instagram.com/mariliamendoncacantora/>> Acesso em: 04 abr 2022.



INSTAGRAM. *MC Kevin*. Disponível em <<https://www.instagram.com/mckevin/>> Acesso em: 04 abr 2022.

LACERDA, B.T.Z. *Bens digitais*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

LARA, Moisés Fagundes. *Herança Digital*. Clube de Autores (managed), 2016. Disponível em: <https://clubedeautores.com.br/livro/heranca-digital>. Acesso em: 14 set. 2021

LIMA, Marcos Aurélio Mendes. *Herança digital: Transmissão post mortem de bens armazenados em ambiente virtual*. 2016. Monografia (graduação). Universidade Federal do Maranhão. Curso de Direito. Disponível em: <<https://rosario.ufma.br/jspui/handle/123456789/1703>>. Acesso em: 11 out 2021

OLIVEIRA, Jaime Gustavo Gonçalves de. *Luto digital: plataformas para a gestão da herança digital*. 2015. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/40297>. Acesso em: 17 set. 2021.

PINHEIRO. Patricia Peck. *Direito Digital. 5. ed. São Paulo: Saraiva*. 2013. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/5vvc>>. Acesso em 15 mar 2022

_____. Patricia Peck. *Direito Digital. 6. ed. Saraiva Educação*. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647/cfi/0>>. Acesso em: 15 mar 2022.

PUBLIPOST. *Chama Publipost*. Disponível em <<https://www.facebook.com/chamapublipost>> Acesso em: 04 abr 2022.

TARTUCE, Flávio. *Herança digital e sucessão legítima – primeiras reflexões*. Migalhas, 26 de set. de 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI288109,41046Heranca+digital+e+sucessao+legitima+primeiras+reflexoes>> Acesso em: 15 de set. 2021.

TECHTUDO. *Seis mitos e verdades sobre o Instagram Reel*. Disponível em <<https://www.techtudo.com.br/listas/2021/09/seis-mitos-e-verdades-sobre-o-instagram-reels.ghhtml>> Acesso em: 04 abr 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna; ALMEIDA, Renata Barbosa. *Direito privado*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SILVA, João Frederico. *Herança digital: a importância desta temática para os alunos dos cursos da Faculdade de Informação e Comunicação da Universidade Federal de Goiás*. 2014. 83 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Biblioteconomia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2014. Disponível em: <<https://piluladedireito.com.br/o-direito-das-sucessoes-e-a-heranca-digital-a-necessidade-de-se-atualizar/>>. Acesso em: 15 mar 2022

SPOTIFY. *O que é o SPOTIFY?* Disponível em <<https://support.spotify.com/br/article/what-is-spotify/>> Acesso em 0 abr 2022

O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ATUAÇÃO DO COMBATE A PANDEMIA DO VÍRUS COVID-19 NO BRASIL

Vanessa Candida Baptista

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

Resumo - o Brasil enfrenta a pandemia do Covid-19 no epicentro de crise uma política, social e econômica. Em meio a isso, os problemas de governabilidade têm colocado em risco a própria estabilidade da democracia, a qual foi conquistada mediante muitos embates, e que ainda possui uma narrativa relativamente recente na história do país. Contudo, a ressignificação de espaço público, acarretada pela difusão de acesso à internet, fez com que parte dos cidadãos se deixassem levar por notícias falsas, conhecidas popularmente como *fake news*, e elaborarem verdadeiros levantes virtuais contrários à atuação da Suprema Corte, a qual acabou assumindo um papel de protagonista não somente para frear medidas políticas de negacionismo perante a gravidade da pandemia, como de impedir que este momento crítico seja utilizado como propício a ameaças ao sistema democrático. Diante dessa controvérsia, o artigo busca fazer análises próprias acerca da constitucionalidade das medidas tomadas pelo STF.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Atuação do Poder Judiciário durante a Pandemia do Vírus Covid-19. Suprema Corte e proteção do Federalismo e do Estado Democrático do Direito.

Sumário – Introdução. 1. As decisões do STF em tempos de crise pandêmica frente ao federalismo cooperativo. 2. Os limites de atuação do Poder Judiciário frente as competências privativas do Poder Executivo no combate ao Covid-19. 3.A Suprema Corte no combate a disseminação de informações falsas sobre o Covid- 19: o perigo das chamadas *fake news*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o protagonismo do Supremo Tribunal Federal na atuação ao combate da pandemia do vírus Covid-19 no Brasil. Com a conseqüente crise econômica, política, e social, diante do presente quadro, e o conflito que se instaurou entre os três poderes, o Poder Judiciário fomenta cada vez mais o seu papel na efetivação de garantias e de direitos individuais, coletivos, e até mesmo democráticos.

A atuação do Poder Executivo Federal no referido combate a pandemia é alvo de críticas não somente de autoridades e órgãos internos responsáveis pela saúde pública, como também no âmbito internacional.

Nesse contexto é inevitável o destaque de uma atuação mais efetiva do STF, o qual ainda se depara com a questão de uma ressignificação do conceito de espaço público, ocasionada pela difusão do acesso às redes sociais na internet, sendo este um ambiente propício a propagação de notícias que contribuem para a disseminação de informações sabidamente falsas a respeito do que efetivamente combate e evita o novo vírus.

O trabalho enfoca a importância da atuação do STF e da criação de diversos precedentes diante do combate a pandemia. Desse modo, há de se questionar: as decisões inéditas do STF diante da situação atípica ocasionada pela pandemia ferem ou inibem a atuação do Governo Federal no combate ao Covid-19?

Há de se pensar ainda quais são os limites da atuação do STF frente as competências privativas dos poderes mesmo em meio a uma crise sanitária. E principalmente: como a Suprema Corte pode atuar no sentido de apaziguar a bipolarização política sem que isso prejudique o efetivo exercício do combate a pandemia e ainda garanta a manutenção do estado democrático de direito?

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho mencionando o importante papel das decisões do STF frente as medidas tomadas pelo Governo Federal, as quais muitas são contestadas por órgãos e autoridades de saúde pública, e até mesmo internacionalmente.

Segue-se no segundo capítulo ponderando sobre os limites da atuação do STF, tendo em vista as competências privativas garantidas ao Poder Executivo pela CRFB/88.

O terceiro capítulo analisa os posicionamentos do STF no combate a pandemia, em especial quanto à disseminação de informações inverídicas, as chamadas *fakes news*, as quais podem prejudicar o controle do vírus no país, ou ainda configurar ameaças ao estado democrático de direito.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, quantitativa e explicativa, pois, a análise desta temática apresenta constantes mudanças ao longo da elaboração deste trabalho, tendo em vista que por se tratar de uma situação atípica e dinâmica, tem sido comum mudanças legislativas e jurisprudenciais que se adequam as necessidades do momento.

Assim, para melhor compreensão do tema busca-se valer ainda da bibliografia pertinente à temática em foco, e de dados estatísticos. Pretende-se ainda levantar o posicionamento de doutrinadores que em meio a este panorama buscam possibilidades de se reconstruir uma harmonia dos três Poderes em meio a uma crise que pode vir a abalar as estruturas democráticas da história do país.

1. AS DECISÕES DO STF EM TEMPOS DE CRISE PANDÊMICA FRENTE AO FEDERALISMO COOPERATIVO

Em 15 de novembro de 1889, Marechal Deodoro da Fonseca editou o Decreto 1, no qual proclamou no Brasil a República como forma de Governo, e o Federalismo como forma de Estado. Dentre os modelos de Federalismo, o adotado pelo Brasil é o cooperativo. No supracitado modelo, os entes federativos; Estados, Municípios, e União agem de forma conjunta para garantir objetivos trabalhando, inclusive, com competências comuns.¹ E são nessas competências comuns e concorrentes que surgiram novos debates envolvendo o Poder Legislativo, e, em especial o Poder Judiciário, e o Executivo devido ao surgimento da crise sanitária causada pelo vírus Covid- 19 (SARS COV2 ou Corona Vírus) a partir do ano de 2020.²

A título exemplificativo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) nos incisos do seu artigo 23 traz uma série de obrigações comuns no sentido de zelar por algumas das garantias constitucionais ali previstas, cuja competência cabe tanto aos estados, municípios, distrito federal, quanto a união.³

De forma a garantir esse equilíbrio entre as competências reservadas pela CRFB/88 a cada um dos entes, é trabalhada a ideia da teoria de freios e contrapesos. Nas palavras de Guilherme Penã de Moraes⁴:

[...] sistema de freios e contrapesos provoca a limitação do poder político na medida em que estabelece a interpenetração das funções estatais e o controle recíproco entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com a finalidade de impedir potenciais excessos dos Poderes do Estado, funcionando como condição de legitimidade do Governo [...].

¹ PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Forense, 2020, [e-book].

² Originária da China, a Covid-19 (Coronavírus) é uma doença infecciosa causada pelo vírus SARS-COV-2. A doença pode ocasionar sintomas leves, moderados, que podem ser confundidos com uma gripe, mas há casos graves de evolução, sendo necessárias intervenções médicas mais invasivas. A Covid se propaga por meio de partículas expelidas pela boca ou nariz ou ainda pelo contato em superfícies contaminadas com posterior toque na face, antes da devida higienização. O surgimento da doença ainda se encontra em fase de estudo, portanto, a orientação da Organização Mundial de Saúde tem sido a prevenção. Desse modo, as vacinas produzidas e aprovadas por órgãos de saúde competentes, por enquanto, são os únicos meios de combate comprovadamente eficazes. Mais informações à disposição no *Site Oficial do Município do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://coronavirus.rio/>>. Acesso em: 07 out.2021.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2021.

⁴ MORAES, Guilherme Penã. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

O direito constitucional contemporâneo é marcado por princípios, teorias, ideologias, e normas que buscam garantir a efetividade do texto previsto na carta magna. No Brasil o marco inicial de uma releitura do texto constitucional, o qual já foi previsto, nas palavras de Thiago Mello d'Almeida⁵ como apenas uma “construção de um sistema normativo supra estatal que objetiva infligir prestações positivas ao Estado [...]”, é a promulgação da CRFB/88, a qual consagrou o Estado Democrático de Direito como um dos seus pilares.

O federalismo cooperativo visa garantir justamente este Estado Democrático de Direito, cujo o conceito abarca a busca pela efetivação de direitos individuais, coletivos, humanos, fundamentais, e entre tantos outros previstos no texto constitucional. Ocorre que manter estas garantias em um Estado contemporâneo abalado por diversos tipos de crise não se trata de tarefa simples. Em especial em um momento em que ainda não há controle da expansão do Covid-19.

Os impactos trazidos pela crise sanitária obrigaram aos poderes Legislativo, Executivo, e Judiciário a repensarem, e criarem novas soluções para a situação atípica, a qual já pode ser considerada a maior crise mundial contemporânea. Cumpre ressaltar que os problemas ocasionados pelo covid-19, no caso do Brasil, acarretaram ainda em um crescimento nas já pré existentes atribuições sociais, econômicas e políticas.

Nas palavras de Cláudio Carreiro Bezerra Pinto Coelho⁶ diante deste novo panorama “há que se exigir uma modificação comportamental por parte da sociedade e, sobretudo no campo da Gestão Pública que, a partir desse triste marco, precisará mostrar-se mais eficiente e eficaz, mesmo diante da escassez de recursos [...]”.

Ocorre que mesmo o Brasil sendo um dos países mais afetados pela pandemia, é possível observar desde o início um movimento negacionista, o qual em grande parte é criado e apoiado pelo Governo Federal. Não se trata de abordar uma crise sanitária se apoiando em ideologias políticas, tendo em vista ser de conhecimento geral de que o atual Presidente da República, Jair

⁵ D'ALMEIDA, Thiago Mello. *Neoconstitucionalismo: origens e aspectos relevantes*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes>>. Acesso em: 07 out. 2021.

⁶ COELHO, Cláudio Carreiro Bezerra Pinto. *Teoria do Pêndulo Econômico Hermenêutico: uma releitura da relação entre Estado Direito e Sociedade em tempos de (pós) crise*. Rio de Janeiro University Institute, 2021, [e-book].

Bolsonaro, se esquivou de adotar algumas providências urgentes, tal como o atraso na compra de vacinas para combater a pandemia.⁷

Além disso, cumpre ressaltar as diversas edições de medidas provisórias, portarias, resoluções e outros atos normativos oriundos do Governo Federal que contrariam organizações de saúde tanto no Brasil, quanto a nível mundial, como, por exemplo, o estímulo de medicamentos cuja eficácia não possui qualquer comprovação científica, descumprimento de regras de distanciamento social e descredibilidade no uso de máscaras de proteção.⁸

Diante deste contexto, o qual poderia acarretar em catástrofes ainda maiores do que as já ocorridas⁹, e das divergências entre os governos executivos estaduais, municipais, e federal sobre as medidas de combate ao vírus, surge o perigo de descumprimentos de preceitos constitucionais. Tal panorama ocasionou a inevitável interferência e o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista este ser o órgão guardião da CRFB/88.

Evidentemente não é a primeira crise constitucional pela qual passa o país, contudo, algumas acarretaram na “ruptura da Constituição e a instituição de novos governantes e novos regimes políticos e constitucionais [...]”¹⁰ Por enquanto é possível afirmar que a pandemia do covid-19 intensificou a crise política brasileira, e levantou questionamentos a respeito dos limites de cada um dos poderes, mesmo em situações de extrema calamidade.

Outra questão que não é novidade no cenário da história brasileira é relacionada ao fato de que momentos de instabilidade podem ser utilizados para manobras de interesses de determinados grupos políticos. Deste modo, ganha destaque o papel do judiciário na sua função de ponderação de conflitos normativos.

Em meio ao cenário de insegurança causada pelo atrito entre os três poderes são necessárias diretrizes em busca de soluções. Apesar de não haver hierarquia entre executivo, legislativo e judiciário, caberia aos agentes políticos focarem mais nas questões coletivas do que

⁷ ISTO É. *Governo Bolsonaro deixou 53 e-mails da Pfizer sem resposta, diz Randolfe*. Disponível em: <<https://istoe.com.br/governo-bolsonaro-deixou-53-e-mails-da-pfizer-sem-resposta-diz-randolfe/>>. Acesso em: 07 out. 2021.

⁸ CARVALHO, Ana Luiza Baccin; PARZIANELLO, Pedro Rodrigues. *A atuação do STF na pandemia de Covid-19: os freios opostos pela Suprema Corte em Proteção ao Federalismo*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341345/a-atuacao-do-stf-na-pandemia-de-covid-19>>. Acesso em: 09 set. 2021.

⁹ Segundo dados atualizados até o dia 28 de abr. 202 já foram registradas 663.225 mortes por covid de acordo com o sítio eletrônico disponibilizado pelo Governo Federal. *Site Coronavírus/Brasil*. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

¹⁰ ADAMS, Luís Inácio. *Crise constitucional e crise política*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-30/publico-privado-crise-constitucional-crise-politica>>. Acesso em: 09 set. 2021.



nas populistas em busca de apoio para futuras eleições de cargos, situações as quais expõem a fragilidade do federalismo cooperativo no Brasil.¹¹

2. OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AS COMPETÊNCIAS PRIVATIVAS DO PODER EXECUTIVO NO COMBATE AO COVID-19

Desde o início do período de propagação do vírus Covid-19 foi intensamente propagada, pelos meios midiáticos, as divergências relacionadas à gestão pública sobre a pandemia, em especial relacionados ao chefe do poder executivo federal e a Suprema Corte.¹² Tais disputas ocasionaram problemas na administração do enfrentamento da crise causada pelo coronavírus, o que acabou ocasionado medidas controversas, as quais evidenciaram oposições entre os poderes e instabilidade nas relações federativas.¹³

Conflitos entre os entes federados não é novidade no cenário brasileiro, contudo, um dos que mais acumulam polêmicas são os relacionados a judicialização de demandas de clamor social, em especial as relacionadas a questões de saúde. Entretanto, a coordenação das ações no contexto de combate a pandemia implicou na necessidade de maior efetividade de medidas capazes de controlar a magnitude dos problemas ocasionados pelo vírus.¹⁴

É de conhecimento público que o atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, tem o seu mandado marcado por relações tensas entre as autoridades dos demais poderes, em especial aos que demonstram oposição. As disputas políticas atuais são marcadas por fortes cunhos ideológicos que se intensificaram com a crise na saúde ocasionada pelo Covid-19. De forma simplificada é possível destacar que o conflito mais intenso enfrentado nos tempos atuais envolvem o direito a saúde e questões relacionadas a tentativas de impedir freios ao crescimento econômico no país.¹⁵

¹¹ MARRAFON, Marco Aurélio. *CF estabelece cooperação federativa para superar crise do coronavírus*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/constituicao-poder-cf-estabelece-cooperacao-federativa-crise-covid-19>>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹² G1. *Diante das trocas de acusações públicas, a Suprema Corte precisou emitir uma nota oficial, no sentido de que nunca teria impedido o governo federal de agir em combate ao coronavírus*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/01/18/deciso-es-do-stf-nao-proibem-atuacao-do-governo-federal-para-combater-a-pandemia-diz-tribunal.ghtml>>. Acesso em: 05 fev. 2022.

¹³ ROCHA NETO, João Mendes. *As fragilidades do federalismo cooperativo na crise do Covid-19*. Disponível em: < <https://doi.org/10.26512/g.s.v1i3.32297>>. Acesso em: 22 jan.2022.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ BOSCATTI, Ana Paula Garcia; AMORIM, Anna Carolina Horstmann. *Economia moral da saliva: Bolsonaro, Covid-19 e as políticas do contágio no Brasil*. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/rs/a/QhP9fT Vbb9dfB3tWjV GJmsB/#>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

Ocorre que, de acordo com Luís Roberto Barroso “a separação entre Direito e política é considerada como essencial no Estado constitucional democrático”.¹⁶ Ainda de acordo com Barroso, o que comumente acontece é a necessidade de novas interpretações constitucionais tendo em vista a necessidade de suprir as mudanças que ocorrem nas sociedades, as quais são complexas e plurais. Há casos em que ainda não existem soluções predefinidas de forma abstrata no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o autor, tais casos “exigem a construção artesanal da decisão, mediante uma argumentação mais elaborada, capaz de justificar e legitimar o papel criativo desempenhado pelo juiz na hipótese.”¹⁷

Ressalta-se que essa necessidade de uma releitura da atuação dos poderes em prol do controle da pandemia do Covid-19 ocorre em um momento em que se aproxima um novo período de campanhas eleitorais, ressaltando a importância de uma pausa em disputas de cunho político ideológico e da prática de uma ação coordenada entre entes federativos e o poder judiciário como forma de superar a crise na saúde.¹⁸

Desse modo, por mais que o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil consagre a separação de poderes como um dos pilares do Estado Democrático de Direito¹⁹, a instabilidade sanitária instaurada acarretou a ausência de consenso entre governantes em relação a questões como isolamento social, fechamentos de estabelecimentos comerciais e definição do que são atividades essenciais ou não.²⁰

Portanto, nesse viés para evitar que o caos fosse instaurado de forma generalizada é possível admitir a ingerência da Suprema Corte de modo de estabelecer soluções, contudo, de acordo com a devida interpretação das divisões constitucionais de competências. A título exemplificativo, em abril de 2020, no julgamento da ADIN nº 6341, o STF aplicou a interpretação conforme a Constituição²¹ ao art. 3º, § 9º, da Lei nº 13.979/2020²², nos termos do artigo 198,

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

¹⁷ Ibid.

¹⁸ ROCHA NETO, op. cit.

¹⁹ BRASIL, op.cit., nota 01.

²⁰ DANTAS, Andrea de Castro. *A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte?* Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4511>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

²¹ Ibid.

²² BRASIL. *Lei nº 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 07 mar.2022.

inciso I da CRFB, o qual menciona que o “Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais”.²³

No referido julgamento, o STF rejeitou a argumentação da União no sentido de que, tendo em vista a Lei nº 13.979/2020 ser norma geral, caberia ao Presidente da República estabelecer quais seriam atividades essenciais que deveriam continuar durante a pandemia. De acordo com a Suprema Corte, há de se reconhecer o caráter geral da referida norma, contudo, “o STF perfilhou o entendimento de que cabe aos governadores e prefeitos a competência para, no âmbito de sua esfera de atribuição, definir o que seriam atividades essenciais”.²⁴

A supracitada medida, dentre tantas outras tomadas pelo STF nada mais são do que o reflexo do modelo de federalismo adotado pela Constituição de 1988, seguindo o modelo de repartição de poderes de modo cooperativo. Em matéria de saúde pública, nota-se que o próprio poder constituinte determinou o modelo cooperativismo, conforme os artigos 24, XII, 30, I, II e VII, da CRFB/88²⁵:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Desse modo, é possível afirmar que a edição da Lei nº 13.979/2020 foi uma tentativa de autoritarismo por parte do Governo Federal, em contradição ao modelo cooperativo consagrado pela própria CRFB/88. Portanto, os julgados do STF têm sido em caráter transitório em face da situação extremamente excepcional, mas sem abrir mão da legitimidade garantida constitucionalmente.²⁶

²³ DANTAS, op. cit.

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁶ PEIXINHO, Manoel Messias; LIMA, Natalia Costa Polastri. *O conflito de competência em tempos de coronavírus*: Entre um federalismo que está nu e um constitucionalismo pragmático. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/327096/o-conflito-de-competencia-em-tempos-de-coronavirus--entre-um-federalismo-que-esta-nu-e-um-marconstitucionalismo-pragmatico>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

3. A SUPREMA CORTE NO COMBATE A DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÕES FALSAS SOBRE O COVID-19: O PERIGO DAS CHAMADAS *FAKE NEWS*

Conforme já mencionado no presente estudo, a fragilidade de diálogos entre os chefes do Poder Executivo colocou o Poder Judiciário no centro da mediação de conflitos. De fato, existe no Brasil uma demanda por uma reforma política. Contudo, enquanto a referida reforma não é consolidada é preciso se estabelecer meios de combate a eventuais abusos de poderes, em especial em momentos de crise.

No atual quadro pandêmico no país foi preciso estabelecer uma Comissão Parlamentar de Inquérito para averiguar a disseminação de notícias falsas a respeito do Covid-19, as quais são carregadas de cunho políticos ideológicos, bem como a má gestão da crise sanitária.²⁷ Por diversas vezes o STF precisou emitir notas oficiais para evitar que falsas informações continuassem sendo propagadas como verdadeiras. O principal antagonista tem sido o atual presidente, Jair Bolsonaro, e seus aliados políticos. O chefe do poder executivo federal chegou a afirmar que se o Supremo o tivesse permitido atuar na pandemia não teriam acontecido tantas mortes pelo Covid-19.²⁸

A afirmação do Presidente da República ocasionou a reação do STF, o qual em um post em sua rede social oficial chegou a emitir um comunicado no sentido de que “uma mentira contada mil vezes não vira verdade”.²⁹

Diante desse quadro, o Senado Federal, em 13 de abril de 2021, instaurou a CPI para apurar possíveis irregularidades e informações sem comprovações científicas, as quais prejudicaram a contenção do vírus no Brasil. Cumpre ressaltar que o estopim para a instauração da CPI do Covid foi a crise ocorrida no estado do Amazonas, na qual houve grave falta de tubos de

²⁷VARGAS, Raquel. *CPI identifica 7 núcleos em suposta organização criada para disseminar fake news*. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cpi-identifica-7-nucleos-em-suposta-organizacao-criada-para-disseminar-fake-news/>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

²⁸R7. *Bolsonaro: Haveria menos mortes por covid se eu coordenasse*. Disponível em: < <https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-haveria-menos-mortes-por-covid-se-eu-coordenasse-24072021>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

²⁹PODER 360°. “*Mentira contada mil vezes não vira verdade*”, diz STF sobre falas de Bolsonaro. Disponível em: < <https://www.poder360.com.br/governo/mentira-contada-mil-vezes-nao-vira-verdade-diz-stf-sobre-falas-de-bolsonaro/>>. Acesso em: 15 jan. 2022.



oxigênio, fundamentais para a sobrevivência de pacientes contaminados que apresentam sintomas mais graves, além da ausência de leitos hospitalares.³⁰

Outrossim, outros motivos gravíssimos levaram a necessidade de uma investigação sobre a atuação do Governo Federal, tais como o atraso na compra de vacinas, cuja eficácia já estava garantida por entidades de controle sanitário de outros países, bem como os gastos com aquisição de medicamentos sem comprovação científica.³¹

Um dos maiores impasses observados entre os poderes desde o início da pandemia foi a insistência do Governo Federal em estimular a população ao uso de medicamentos como a cloroquina como tratamento precoce. Tal informação foi rechaçada por autoridades científicas, as quais afirmam não haver comprovação sobre a eficácia do referido remédio, cujo consumo foi estimulado pelo Presidente da República. Acrescenta-se a isso a estimativa de gastos de 250 milhões de reais pelo Governo Federal na aquisição do mencionado medicamento, além da utilização das suas redes sociais oficiais para propagar a suposta eficiência do mesmo.³²

Em dezembro de 2020, cinquenta e seis países já registravam vacinação disponível para os seus cidadãos.³³ Enquanto isso, o Brasil, cujo Governo Federal ignorou inicialmente as ofertas de compras das vacinas já aprovadas por órgãos competentes, registrava no mesmo período o maior pico de mortes, até então, com uma média de 18.570 óbitos causados pela doença.³⁴

Foi nesse cenário de desgaste que se tornou inevitável a criação da já mencionada CPI da Covid. A essa altura já estavam registradas as mortes de mais de 207 mil brasileiros. De acordo com o requerimento a CPI foi instaurada para investigar o Governo Federal por violação a direitos

³⁰ DALLARI, Adilson. *A abrangência da investigação da CPI da Covid-19*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-03/interesse-publico-abrangencia-investigacao-cpi-covid-19>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

³¹ Ibid.

³² COELHO, Gabriela; MARI, João de. *STF determina que governo Bolsonaro apresente protocolo para tratamento da Covid*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/stf-determina-que-governo-bolsonaro-apresente-protocolo-para-tratamento-da-covid/>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

³³ CNN. *Veja quais países iniciaram a vacinação contra a Covid-19; Brasil está fora*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/quais-os-paises-que-ja-comecaram-a-vacinacao-contra-a-covid-19/>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

³⁴ PINHEIRO, Lara. *Dezembro tem maior número de mortes por Covid-19 no Brasil desde setembro, indicam secretarias de Saúde*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/12/29/dezembro-tem-maior-numero-de-mortes-por-covid-19-no-brasil-desde-setembro-indicam-secretarias-de-saude.ghtml>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

fundamentais, como a vida, a saúde, e por ter deixado de seguir orientações de autoridades científicas e até mesmo da Organização Mundial de Saúde.³⁵

É preciso ressaltar que as mídias, em especial as digitais, as redes sociais de relacionamentos e os aplicativos de troca de mensagens instantâneas tiveram papel fundamental na propagação de notícias falsas e sensacionalistas, as quais se convencionou chamá-las de *fake news*. A título exemplificativo é possível citar um canal do Youtube chamado Terça Livre, cujo o proprietário se chama Allan dos Santos, sendo que o mesmo possui mais de 300 mil seguidores no seu perfil da rede social Twitter, na qual divulgou conteúdos relativos à pandemia de seguinte teor: “omitir o uso de cloroquina é o mesmo que deixar judeus na dúvida entre chuveiro e câmara de gás”; “URGENTE: Um grande estudo dinamarquês confirma que as máscaras não funcionam e podem ser perigosas”.³⁶

É incontestável o impacto político e social negativo que o supracitado panorama acarretou na população brasileira. Ademais, por mais que ainda não haja, até o presente momento de produção dessa pesquisa, maiores desdobramentos sobre o resultado da CPI da Covid, uma suspeita foi concluída com êxito: o Governo Federal falhou no combate a pandemia do Coronavírus. O ilustre Presidente da República, Jair Bolsonaro, apresentou maiores preocupações em declarações midiáticas atacando os seus opositores, foi negacionista quanto aos riscos relacionados ao vírus, conivente com atitudes suspeitas cometidas pela chancela do Ministério da Saúde, e, principalmente por apresentar desprezo pela imediata compra da vacina imunizante produzida pelo laboratório da Pfizer, a qual foi oferecida a venda ao Brasil logo após sua aprovação pelos órgãos competentes.³⁷

Outrossim, cumpre ressaltar que no relatório da CPI houve o pedido de indiciamento de 66 pessoas, dentre elas o Chefe do Poder Executivo Federal pelas práticas de “prevaricação, charlatanismo, infração a medidas sanitárias, emprego irregular de verba pública e crime contra a humanidade, entre outros.”³⁸ Portanto, tendo em vista ter sido uma liminar concedida pelo STF que

³⁵ PODER 360°. *Minuta contendo resumo dos trabalhos da CPI da Pandemia até 17 de outubro de 2021*. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/10/Relatorio_CPI-da-Covid-19.out_.2021.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

³⁶ Ibid.

³⁷ LELLIS, Leonardo. *CPI da Pandemia causou impacto político, mas resultado jurídico é incerto*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/cpi-da-pandemia-causou-impacto-politico-mas-resultado-juridico-e-incerto/>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

³⁸ Ibid.

confirmou a instauração da CPI da Covid³⁹, mais uma vez é possível afirmar que a Suprema Corte agiu de modo a contribuir para proteção de direitos fundamentais, tendo em vista a relevância de seus julgamentos, mesmo que alguns apresentem decisões com teores inéditos.

CONCLUSÃO

A pesquisa foi focada em problematizar questões relacionadas a separação de poderes consagrada no art. 2º da CRFB/88, a qual diante da crise ocasionada pela pandemia do Covid-19 acarretou em diversos questionamentos acerca de eventuais invasões de competências privativas.

A discussão se fundou na premissa dos problemas relacionados a decisões polêmicas tomadas pelo Governo Federal, em especial, pelo chefe do poder executivo, atual Presidente Jair Bolsonaro, o qual adotou medidas de contenção a pandemia, as quais foram consideradas inadequadas por autoridades competentes do setor de saúde, inclusive pela própria OMS.

Conforme registrado no primeiro capítulo, a forma de Estado adotada pela CRFB/88 é baseada em um federalismo cooperativo, no qual União, Estados e Municípios devem atuar de forma conjunta, principalmente quando se trata do assunto saúde pública, tendo em vista ser competência comum entre os entes federativos de acordo com o art. 23 da Carta Magna.

A referida competência comum deve ser equilibrada de acordo com o conceito apresentado, também no capítulo primeiro, de freios e contrapesos. O Direito Constitucional contemporâneo não admite mais que um poder se sobreponha sobre outro, sob o perigo de afronta ao Estado Democrático de Direito, garantia consagrada no artigo 1º da CRFB/88.

Ocorre que a pandemia do Covid-19 acarretou em um cenário de insegurança, em especial quanto as orientações inicialmente divulgadas como adequadas ao controle da doença, como o estímulo do uso do medicamento cloroquina, cuja eficácia além de não ser comprovada, teve o seu uso desestimulado pela comunidade médica e científica. Nesse panorama se criou uma insegurança generalizada, a qual expôs a fragilidade na harmonia entre os poderes legislativo, e principalmente entre o executivo e o judiciário.

³⁹ BRASIL. Senado Federal. *STF confirma liminar que mandou instalar CPI da Covid*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/14/stf-confirma-liminar-que-mandou-instalar-cpi-da-covid>>. Acesso em: 08 mar. 2022.



Ao analisar a supracitada conjuntura, o capítulo segundo abordou a polêmica questão sobre o que é classificado como ativismo do judiciário. Contudo, a conclusão alcançada foi no sentido de que a atuação do Supremo Tribunal Federal se tornou necessária diante de uma situação inédita na história recente do país, de forma a apaziguar os impactos causados pela crise sanitária em meio a um panorama de extrema dicotomia política, no qual os ânimos estão exaltados, tendo em vista que algumas decisões tomadas pelo chefe do poder executivo federal foram evidentemente contaminadas por teor de cunho eleitoral.

No terceiro capítulo foram abordadas situações que justificam a referida atuação mais contundente do STF em meio a uma ressignificação do sentido de espaço público, em razão da popularização dos meios de comunicações digitais.

A internet é uma ferramenta que proporcionou a ampliação na possibilidade de se adquirir os mais diversos conhecimentos, contudo, ao mesmo tempo tem sido utilizada para propagar conteúdos de fontes duvidosas e até mesmo sabidamente falsas, como no caso das *fake news*. Muitas dessas notícias foram apoiadas pelo próprio Governo Federal, o que evidentemente configura não só um risco a saúde pública, como também a própria democracia.

Além disso, a atuação contida do chefe do poder executivo federal em relação a questões relacionadas ao atraso do início do período de vacinação, poderia ter evitado a morte de milhares de brasileiros. Nesse contexto nada mais justo que uma efetiva atuação da Corte guardiã dos direitos e garantias previstos pela Constituição Federal da República de 1988.

Diante de novos contextos que podem acarretar consequências irreversíveis, como no caso de uma grave crise sanitária mundial, em meio a um já fragilizado cenário político, é inevitável uma mudança comportamental dos três poderes. Ocorre que não foi verificada qualquer ilegalidade na atuação da Suprema Corte em suas decisões tomadas no período de tentativas de contenção da pandemia.

No cerne de uma situação, na qual o negacionismo em relação a comprovações científicas se tornou comum e defendido por autoridade públicas, não há inconstitucionalidade, tampouco violação de separação de poderes nas atitudes do STF em conter o avanço de tais medidas.

Trata-se inclusive de um exemplo do federalismo cooperativo adotado no Brasil. Assim como não subsiste respaldo legal para que o figuras políticas apresentem meras argumentações contrariando quem realmente possui expertise sobre o assunto, não há que se falar em uma suposta

invasão de competência por parte do STF na sua atuação no sentido de manter o controle e o equilíbrio de manobras governamentais com evidente intuito eleitoral.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Luís Inácio. *Crise constitucional e crise política*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-30/publico-privado-criese-constitucional-criese-politica>>. Acesso em: 09 set. 2021.

ALMEIDA, Thiago Mello d'. *Neoconstitucionalismo: origens e aspectos relevantes*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes>>. Acesso em: 07 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

BOSCATTI, Ana Paula Garcia; AMORIM, Anna Carolina Horstmann. *Economia moral da saliva: Bolsonaro, Covid-19 e as políticas do contágio no Brasil*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rs/a/QhP9fTVbb9dfB3tWjVGJmsB/#>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2022.

_____. *Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020*. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

_____. Senado Federal. *STF confirma liminar que mandou instalar CPI da Covid*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/14/stf-confirma-liminar-que-mandou-instalar-cpi-da-covid>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

CARVALHO, Ana Luiza Baccin; PARZIANELLO, Pedro Rodrigues. *A atuação do STF na pandemia de Covid-19: os freios opostos pela Suprema Corte em Proteção ao Federalismo*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341345/a-atuacao-do-stf-na-pandemia-de-covid-19>>. Acesso em: 09 set. 2021.

COELHO, Cláudio Carreiro Bezerra Pinto. *Teoria do Pêndulo Econômico Hermenêutico: uma releitura da relação entre Estado Direito e Sociedade em tempos de (pós) crise*. Rio de Janeiro University Institute, 2021, [e-book].

COELHO, Gabriela; MARI, João de. *STF determina que governo Bolsonaro apresente protocolo para tratamento da Covid*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/stf-determina-que-governo-bolsonaro-apresente-protocolo-para-tratamento-da-covid/>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

CNN. *Veja quais países iniciaram a vacinação contra a Covid-19; Brasil está fora*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/quais-os-paises-que-ja-comecaram-a-vacinacao-contr-a-covid-19/>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

DALLARI, Adilson. *A abrangência da investigação da CPI da Covid-19*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-03/interesse-publico-abrangencia-investigacao-cpi-covid-19>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

DANTAS, Andrea de Castro. *A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte?* Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4511>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

G1. *Diante das trocas de acusações públicas, a Suprema Corte precisou emitir uma nota oficial, no sentido de que nunca teria impedido o governo federal de agir em combate ao coronavírus*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/01/18/decisoes-do-stf-nao-proibem-atuacao-do-governo-federal-para-combater-a-pandemia-diz-tribunal.ghtml>>. Acesso em: 05 fev. 2022.

ISTO É. *Governo Bolsonaro deixou 53 e-mails da Pfizer sem resposta, diz Randolfe*. Disponível em: <<https://istoe.com.br/governo-bolsonaro-deixou-53-e-mails-da-pfizer-sem-resposta-diz-randolfe/>>. Acesso em: 07 out. 2021.

LELLIS, Leonardo. *CPI da Pandemia causou impacto político, mas resultado jurídico é incerto*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/cpi-da-pandemia-causou-impacto-politico-mas-resultado-juridico-e-incerto/>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

MARRAFON, Marco Aurélio. *CF estabelece cooperação federativa para superar crise do coronavírus*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/constituicao-poder-cf-estabelece-cooperacao-federativa-crise-covid-19>>. Acesso em: 05 out. 2021.

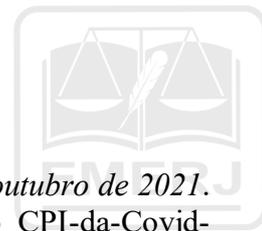
MORAES, Guilherme Penã. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Forense, 2020, [e-book].

PEIXINHO, Manoel Messias; LIMA, Natalia Costa Polastri. *O conflito de competência em tempos de coronavírus: entre um federalismo que está nu e um constitucionalismo pragmático*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/327096/o-conflito-de-competencia-em-tempos-de-coronavirus--entre-um-federalismo-que-esta-nu-e-um-marconstitucionalismo-pragmatico>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

PINHEIRO, Lara. *Dezembro tem maior número de mortes por Covid-19 no Brasil desde setembro, indicam secretarias de Saúde*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/12/29/dezembro-tem-maior-numero-de-mortes-por-covid-19-no-brasil-desde-setembro-indicam-secretarias-de-saude.ghtml>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

PODER 360. *“Mentira contada mil vezes não vira verdade”, diz STF sobre falas de Bolsonaro*. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/mentira-contada-mil-vezes-nao-vira-verdade-diz-stf-sobre-falas-de-bolsonaro/>>. Acesso em: 15 jan. 2022.



_____. *Minuta contendo resumo dos trabalhos da CPI da Pandemia até 17 de outubro de 2021*. Disponível em: < https://static.poder360.com.br/2021/10/Relatorio_CPI-da-Covid-19.out_.2021.pdf >. Acesso em: 15 dez. 2022.

R7. Bolsonaro: *Haveria menos mortes por covid se eu coordenasse*. Disponível em: < <https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-haveria-menos-mortes-por-covid-se-eu-coordenasse-24072021> >. Acesso em: 15 jan. 2022.

ROCHA NETO, João Mendes. *As fragilidades do federalismo cooperativo na crise do Covid-19*. Disponível em: < <https://doi.org/10.26512/gs.v11i3.32297> >. Acesso em: 22 jan.2022.

VARGAS, Raquel. *CPI identifica 7 núcleos em suposta organização criada para disseminar fake news*. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cpi-identifica-7-nucleos-em-suposta-organizacao-criada-para-disseminar-fake-news/> >. Acesso em: 09 mar. 2022.



EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL – UMA ANÁLISE DOS LIMITES DA TUTELA LEGAL E JURISPRUDENCIAL CONTRA CRUELDADE EM PESQUISAS CIENTÍFICAS COM ANIMAIS NÃO HUMANOS

Victória Barros Laurêdo

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduanda no curso *Lato Sensu* de especialização em Direito Público e Privado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o presente artigo tem como objetivo principal analisar os mecanismos de utilização de animais não humanos em pesquisas científicas, com o intuito de demonstrar o sofrimento que estes animais estão submetidos continuamente, bem como a necessidade de proteção legal mais rígida para coibir crueldades. Será feita uma abordagem sobre os diversos métodos alternativos à experimentação animal existentes no mercado, e analisado o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro concernente ao tema. Posteriormente, busca-se trazer entendimento sobre o conflito aparente entre a proibição da prática de atos de abuso e maus-tratos imposta por lei, versus as normas que permitam experimentos que propositadamente causem malefícios aos animais. Este artigo tem como objetivo demonstrar uma nova maneira de se pensar os direitos de proteção dedicados aos animais não humanos, evidenciando a necessidade da atribuição de direitos fundamentais específicos a esses seres sencientes, com o reconhecimento de seu valor como criaturas vivas e merecedoras de dignidade. Com base em uma análise das leis mais importantes sobre o assunto e das principais teorias que justificam a proteção animal, propõe-se uma reflexão sobre como os animais vem sendo tratados pela legislação brasileira e pela sociedade como um todo, ressaltando a urgente necessidade de uma mudança de paradigmas com relação a esses seres vivos, para que sua proteção pelo ordenamento jurídico possa ser feita de maneira mais relevante e eficaz.

Palavras-chave – Direito civil; animais; proteção; pesquisa científica; testes laboratoriais.

Sumário – Introdução. 1. A atual tutela brasileira dos animais no ordenamento jurídico. 2. As dificuldades de conciliar teoria legal e prática científica. 3. O posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros e a conjuntura internacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os direitos dos animais, em oposição à utilização destes nas pesquisas científicas, gera um debate ético e jurídico. Isto porque a experiência com animais ainda é, atualmente, bastante utilizada, embora o avanço tecnológico permita a substituição desse método por outras técnicas que não envolvam seres vivos. A prática de testes laboratoriais em animais ocorre a fim de que novos medicamentos e cosméticos sejam inseridos no mercado, de forma a corrigir suas reações fisiológicas indesejáveis aos seres humanos antes do seu efetivo consumo. No entanto, é perfeitamente possível haver a substituição destas experiências para o

formato *in vitro*, para simulações de computador e até mesmo para peles artificiais, sem que haja a necessidade de utilização de cobaias vivas. Embora a legislação referente à proteção animal tenha obtido alguma evolução ao longo da história recente, esta questão ainda não foi suficientemente abordada frente aos testes laboratoriais de produtos com fins estéticos e científicos, no que tange a sua problemática ética e filosófica.

O trabalho a seguir destaca a questão das práticas cruéis desenvolvidas pela indústria farmacêutica nos testes de produtos em cobaias de animais não humanos, como também delimita o impacto dos interesses dessa indústria na legislação e jurisprudência protetivas brasileiras.

É feita, no primeiro capítulo, breve análise da legislação constitucional e esparsa sobre o tema, bem como os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.

A abordagem do segundo capítulo recai sobre a conciliação de interesses dos grupos sociais que culmina na legislação de proteção animal atualmente vigente. Ainda, trata-se da disparidade no tratamento dado legalmente às pesquisas científicas e a prática da utilização de animais não humanos em experimentos.

Por fim, no terceiro capítulo, é estudada a tutela jurisprudencial nacional e internacional de proteção aos tratamentos cruéis, e as alternativas ao uso de cobaias vivas na experimentação científica. Ademais, é abordada a necessidade de melhora da legislação brasileira em vigor para coibir as práticas cruéis nas pesquisas científicas com animais não humanos, a despeito dos interesses da indústria farmacêutica.

Sob a perspectiva metodológica, vale salientar que optou-se pelo modelo crítico-dialético, visto que o tema em estudo está em processo de evolução, em paralelo às transformações sociais e culturais que ocorrem nas sociedades em geral, e, em particular, no direito. Ainda, a pesquisa se funda em uma análise de natureza qualitativa e quantitativa. As principais fontes do estudo são a bibliografia pertinente à temática em foco, a jurisprudência pátria e a legislação correspondente e dados estatísticos. A partir disso, é utilizado o método exploratório, a fim de validar as conclusões do presente artigo, sustentando fundamentadamente a hipótese defendida.

1. A ATUAL TUTELA BRASILEIRA DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, VII, atribuiu a/o poder público o dever de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à

“crueldade”.¹ Da mesma forma, a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) criminalizou os maus tratos aos animais domesticados, nativos e exóticos, com pena de detenção de três meses a um ano e multa. Ela dispõe em seu art. 32²:

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.

No entanto, tal conquista só foi possível após muitos anos de luta política nesse sentido. É necessário recordar que a ética ambiental sempre possuiu enfoque antropocêntrico, visando a preservação da vida humana. Nessa visão, o homem é o centro do universo, e por esse motivo a fauna e a flora deveriam ser instrumentalizadas para satisfazer seus interesses, não sendo estas capazes de produzir cultura, e sim tendo o dever de servir a espécie humana e garantir sua qualidade de vida e meio ambiente hígido. A ideia de um antropocentrismo mitigado, que reconheça direitos a outras formas de vida, ainda que em um patamar inferior, surgiu somente em momento posterior.

A primeira legislação de proteção aos animais no Brasil foi criada pelo presidente Getúlio Vargas, em 1934: O Decreto nº 24.645, ou Lei de Proteção dos Animais³.

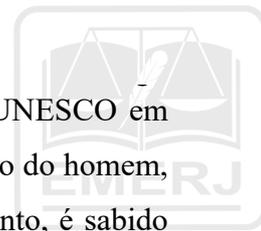
Em 2008, a Lei Arouca (Lei nº 11.794/08)⁴ criou o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA), que regulamentou a experimentação animal e criou as CEUAs (Comissões de Ética no Uso de Animais). Além dos novos órgãos, a Lei Arouca também trouxe penalidades para as instituições ou pessoas que transgredirem as disposições da lei, ou que participarem de procedimentos não autorizados pelo CONCEA. Foi a partir de seu advento que surgiu a preocupação de garantir a integridade psicofísica dos animais, ainda que cobaias de experimentos científicos. Essa garantia, aliás, não deve ser considerada decorrente da benevolência humana na visão ecocêntrica, e sim da contemplação do animal enquanto sujeito de direitos. As correntes ambientalistas entendem, inclusive, que o animal deve ser tutelado pela Lei 9605/98 (crimes ambientais), ainda que estes não sejam silvestres.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 set. 2021.

²BRASIL. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 06 set. 2021.

³BRASIL. *Decreto nº 24.645*, de 10 de julho de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm. Acesso em: 06 set. 2021.

⁴BRASIL. *Lei nº 11.794*, de 8 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11794.htm>. Acesso em: 06 set. 2021.



A Declaração Universal dos Direitos dos Animais⁵, proclamada pela UNESCO em 1978, dispõe em seu art. 11 que “nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem, classificando como delito o ato que o leva à morte sem necessidade”. No entanto, é sabido que na prática as ilegalidades são muitas, e todo tipo de atrocidade é cometida a despeito da legislação vigente.

Nesse sentido preceitua Maya Rech⁶:

aos animais é resguardado o direito à vida, o maior dos direitos. Infelizmente, é um dos direitos mais violados nos últimos tempos, para se ter uma ideia, em um artigo publicado no periódico ABCNews, dos Estados Unidos, em 29 de setembro de 1999, Joyce Tischler, diretor executivo do Fundo de Defesa Legal do Animal, escreveu que apenas nos Estados Unidos 20 bilhões de animais são abatidos para alimentação a cada ano, 20 milhões em pesquisas e testes, 4 ou 5 milhões para uso de suas peles e 5 milhões de cães e gatos são mortos em abrigos, porque o homem os tem como descartáveis. No Brasil, a situação não é tão diferente.

Sendo o Brasil um país signatário do documento supracitado, significaria dizer que o Estado brasileiro concorda com o exposto na declaração e que, em teoria, deveria manejar suas políticas e seu ordenamento jurídico a fim de que suas disposições sejam efetivamente postas em prática.

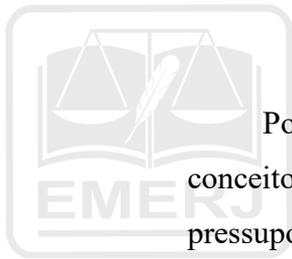
É possível afirmar que a situação a que estão submetidos os animais se deve em grande parte ao seu não reconhecimento como sujeitos jurídicos pela legislação brasileira, apesar da crueldade ofender bem jurídico pré-existente tutelado por esse Estado. Assim enuncia Levai⁷:

[...] o reconhecimento dos direitos dos animais, a bem da verdade, não se limita às leis que regulam as relações entre os homens, porque Direito – na forma como pretendem os antropocentristas – não é sinônimo de Justiça. A dimensão ética projeta-se muito além das normas jurídicas para alcançar, indistintamente, todos os seres vivos. Somente o fato de os animais serem criaturas sencientes já lhes deveria assegurar nossa consideração moral, impedindo a infligência de maus tratos ou a matança advinda de interesses humanos. Como eles não têm meios de se defender por si, a exemplo das crianças ou dos interditos, surge o Ministério Público na condição de seu legítimo substituto processual. Se a Moral está acima do Direito e se muitas vezes o comportamento dos animais revela neles a existência de uma singular vida interior, faz-se necessário expandir a noção do justo para além das fronteiras de nossa espécie.

⁵ UNESCO. *Declaração Universal dos direitos dos animais*, de 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <<https://www.mamiraua.org.br/pdf/e9b4b78d53d8ade06367be893d9bd826.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2021.

⁶ RECH, Maya Pauletti. *Experimentação Animal: uma abordagem acerca do sofrimento e crueldade*. 2013. 33 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013, p.6.

⁷ LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. São Paulo: Mantiqueira, 2011, p. 128.



Por trás do tratamento desumano dado aos animais na sociedade, está também o conceito de especismo, que perpassa fortemente a cultura humana. Esse conceito tem como pressuposto que outros seres vivos possuem menor importância no planeta, pelo fato de pertencerem a uma espécie distinta. É fundamental que essa lógica discriminatória seja erradicada para que se possa avançar na proteção dos animais através do direito, uma vez que eles serão considerados importantes na esfera moral e política, e, portanto, também na jurídica. Além disso, necessário destacar a sentiência dos animais, que são capazes de sentir e perceber o seu redor, como destaca Peter Singer⁸:

[...] não existem razões válidas, científicas ou filosóficas, para negar que os animais sentem dor. Se não duvidamos de que os outros humanos sentem dor, não devemos duvidar de que os outros animais também a sentem. Os animais são capazes de sentir dor. Como já vimos, não pode existir qualquer justificação moral para considerar a dor (ou o prazer) que os animais sentem como menos importante do que a mesma dor (ou prazer) sentida pelos humanos.

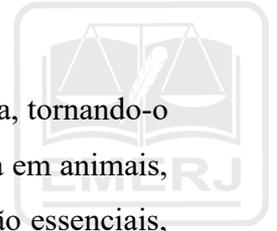
Em âmbito legislativo nacional, enuncia Amanda Fodor⁹:

[...] o Brasil conta com algumas leis sobre a proteção dos direitos dos animais. Nesse sentido, estão os seguintes diplomas normativos: 1. a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998)¹²⁶, que criminaliza atos de crueldade aos animais; 2. a Lei nº 7.173/1983¹²⁷, a qual disciplina o funcionamento de zoológicos; 3. a Lei nº 7.643/1987¹²⁸ sobre a proteção dos cetáceos marinhos; 4. a Lei nº 11.794/2008¹²⁹ que regula as atividades científicas que envolvam animais; e a 5. a Lei nº 10.519/2002¹³⁰, a qual trata de normas de higiene e cuidados com os animais em rodeios e similares, além de uma série de leis estaduais e municipais sobre regras de tratamento e proteção dos animais não-humanos. No entanto, apesar da existência de um significativo rol de legislações voltadas para o tema da proteção e cuidado com os animais, é importante lembrar que, mesmo com a intenção de resguardar as demais espécies, grande parte dessas leis ainda carregam em si uma herança antropocêntrica. Nesse sentido, tal aparato normativo não está livre de críticas.

Conforme exposto, no direito civil o animal é considerado apenas uma coisa, uma propriedade particular. Já no direito penal o animal é um objeto material da conduta humana, e no direito ecológico é considerado recurso ambiental ou bem de uso comum do povo. Esses animais, portanto, não são sujeitos de direito segundo a interpretação clássica do direito, contando com poucas leis de proteção às práticas contra seu sofrimento.

⁸ SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 25.

⁹ FODOR, Amanda Cesario. *A defesa dos direitos e dignidade dos animais não-humanos como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro*. 2016. 79 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016, p. 41.



É importante que a visão biocêntrica do direito ambiental seja consolidada, tornando-o apto a reconhecer o direito de outras espécies e vedar a experimentação científica em animais, ainda que com a limitação de atuar somente na hipótese de testes de produtos não essenciais, e em animais vertebrados com capacidade cognitiva e emocional mínima. A visão biocêntrica retira o homem do centro do universo, e coloca em seu lugar os seres vivos de maneira geral. A proteção da fauna, afinal, faz parte do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado como direito fundamental pela Constituição Federal brasileira.

2. AS DIFICULDADES DE CONCILIAR TEORIA LEGAL E PRÁTICA CIENTÍFICA

O Brasil adotou o modelo chamado de 3R's (*Reduction, Refinement e Replacement*): o primeiro "R" (*Reduction* = redução) determina que os pesquisadores devem utilizar o mínimo de animais em um experimento, apenas a quantidade necessária capaz de fornecer resultados estatísticos significativos; o segundo "R" (*Refinement* = Refinação) sugere o emprego de métodos adequados de analgesia, sedação e eutanásia, com o propósito de reduzir a dor e o desconforto, evitando ao máximo o estresse de animais de experimentação, ou seja, o uso de animais deve ser feito por pessoas treinadas. Ainda, o grau de avanço tecnológico atual permite que a documentação de um experimento seja ampla, e garanta que ele será feito somente uma vez, quando não houver alternativa técnica à sua realização.

Já o terceiro "R" (*Replacement* = Substituição) orienta o uso de métodos alternativos, sempre que possível.

Alguns estados da federação, atualmente, possuem leis que vedam a utilização de animais nas pesquisas de manipulação de cosméticos. Estas leis são constitucionais, uma vez que a proteção ao meio ambiente é de competência concorrente, como assinala o art. 24 VI da CRFB/88. Ora, a lei geral editada pela União não foi violada, uma vez que os Estados apenas a regulamentaram, restringindo ainda mais a utilização destes animais e conferindo uma proteção maior ao meio ambiente.

A Lei Arouca considera lícito o uso acadêmico e científico de animais dentro dos limites por ela estabelecidos, quais sejam: as atividades didáticas com animais vivos sejam realizadas somente por estabelecimentos de ensino superior ou de educação profissional técnica de nível médio da área biomédica. Em 1978, a UNESCO determinou a vivisseção como contrária ao direito dos animais, como se pode observar no artigo 8º da Declaração Universal: "a) A experimentação animal, que implica em sofrimento físico é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra. b) As técnicas substitutivas devem ser utilizadas e desenvolvidas".



Resume Levai:¹⁰

No Brasil, milhares de animais vêm a óbito em decorrência dos inúmeros testes cruéis a que são submetidos, como testes cirúrgicos, toxicológicos, comportamentais, neurológicos, oculares, cutâneos, etc., sem que haja limites éticos, ou mesmo relevância científica, em tais atividades. Registros de experiências terríveis praticadas com animais nas salas de aula, laboratórios, nas fazendas industriais ou até mesmo na clandestinidade, demonstram os infinitos graus da estupidez humana. Nas mãos do pesquisador, os animais (seres vivos, sencientes, dotados de afeto e dedicação) tornam-se apenas um objeto, alvo de desrespeito, tortura e exploração. Em suas mãos o animal vítima torna-se apenas a coisa, a matéria orgânica, enfim a máquina-viva.

A alternativa viável para esta situação é o uso responsável de animais, suprimindo as necessidades de estudantes que necessitam de experiências práticas de maneira humanitária, como com animais que morreram naturalmente, ou que sofreram eutanásia por motivos clínicos, ou que foram mortos em estradas, etc., podendo ser utilizados em algumas universidades para o estudo de anatomia e cirurgia. Para estudantes que precisam de animais vivos, a prática clínica, é o método mais aplicado e humanitário; em muitos cursos de veterinária, por exemplo, a habilidade cirúrgica é aprendida pelos estudantes através de operações supervisionadas em pacientes animais, em clínicas veterinárias.

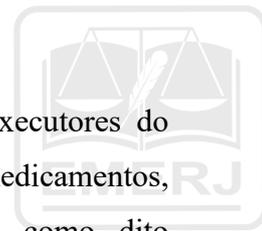
Sérgio Greif e Thales Tréz esclarecem¹¹:

As vantagens de se utilizar métodos alternativos são muitas, entre elas pode-se destacar: a economia de tempo, visto que a experimentação animal utiliza-se de muito tempo para a preparação; a obtenção de um melhor aprendizado, pelo fato de que com vídeos interativos, por exemplo, se pode voltar atrás em algum passo ou estágio do experimento, e ainda não exige um estudo apenas em laboratório, permitindo que este seja realizado até mesmo em casa; gera também uma economia de valores, ao contrário do que muita gente pensa, estas alternativas são financeiramente viáveis, pois os gastos com o uso de animais são muitos (cuidados, alimentação, instalações, etc.) e ainda necessitam de um pessoal especializado, como veterinários, tendo em vista ainda que estas alternativas são muito mais duráveis; a utilização de alternativas respeita os princípios éticos, morais ou religiosos de estudantes que se opõem ao uso de animais para estas finalidades; a possibilidade, estas alternativas são possíveis, muitas universidades de muitos países têm abolido o uso de animais nos currículos de diversos cursos e viabilizado alternativas para os estudantes. As experiências destas universidades comprovam que a aplicação de alternativas é possível e viável.

No ano de 2013, ganhou destaque na imprensa nacional o caso do resgate de 178 cães da raça Beagle do Instituto Royal, localizado em São Roque, a 66 km de São Paulo. O Instituto Royal já estava sob investigação do Ministério Público por suspeita de acomodar animais em condições irregulares, o que comprovadamente acontecia, de acordo com as imagens disponibilizadas pelos noticiários.

¹⁰ LEVAI, op. cit., p.63.

¹¹ GREIF, Sérgio; TRÉZ, Thales. *A Verdadeira Face da Experimentação Animal: Sua saúde em perigo*. Sociedade Educacional Fala Bicho, 2000, p. 14. Disponível em: http://www.1rnet.org/literatura/trabalhos/livro_avfea.pdf. Acesso em: 08 mar. 2022.



O resgate resultou em uma queixa de furto contra os ambientalistas executores do resgate dos cães. A empresa realiza testes sobre possíveis reações adversas a medicamentos, como: vômito, diarreia, perda de coordenação e até convulsões. A lei, como dito anteriormente, permite que sejam feitos experimentos em casos em que não existam alternativas para o modelo animal, e desde que não ocorra cruzeza. No entanto, este não parece ser o caso do Instituto Royal, pois as fotos supracitadas expuseram cães com a língua cortada; orelhas, olhos e patas machucadas, entre outros sinais de maus-tratos. Os cães resgatados estão em processo de doação via internet. Porém, conforme indicou o delegado seccional de Sorocaba, Marcelo Carriel, quem adotar algum desses cães poderá incorrer em crime de receptação, visto que se trata de produto de furto. O resgate dos cães do Instituto Royal movimentou um importante debate sobre o uso de animais na pesquisa e a desnecessidade de seu uso.

Nesse ponto, o direito brasileiro revela uma visão antropocêntrica na interpretação e aplicação de suas leis, o que não deve mais perpetuar, principalmente em casos como o acima descrito, cujo foco não deveria ser o benefício do ser humano ou a interpretação literal do texto legal, mas sim o devido uso do direito para proteger a vida de outros seres. Ainda existe no Brasil uma forte tendência à proteção dos valores humanos, em detrimento do bem-estar das demais criaturas vivas do meio ambiente. O conceito de "crueldade" se torna relativizado, permitindo que o ser humano continue usando os animais como meio de entretenimento e lucro. Isso revela uma tendência perigosa da política brasileira, que ainda preza por conservar ideais econômicos e tradições arcaicas, servindo como obstáculo para novas medidas voltadas à proteção ambiental. Interesses econômicos e tradições que não traduzem o ideal de proteção ambiental necessária aos dias atuais, apenas servem para cristalizar no imaginário das pessoas a ideia antiquada do homem como centro do universo e os demais animais como objetos submissos à sua vontade, o que, na verdade, deveria ser desestimulado e desconstruído.

Fernanda Medeiros sintetiza¹²:

Os Direitos fundamentais, conforme demonstrado no primeiro capítulo, surgiram para servir de núcleo para a proteção de direitos básicos de preservação da vida, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, baseando-se nos valores morais defendidos pela sociedade. Dispostos nos textos constitucionais, esses direitos tem viés de princípios, servindo de guia para a interpretação das demais regras do ordenamento jurídico. 224 Tais direitos possuem uma dimensão objetiva de proteção, que afeta a coletividade, pois são considerados como as bases para a ordem jurídica. Também possuem uma dimensão subjetiva, que enseja a defesa do sujeito desses direitos contra abusos à sua autonomia, dignidade e à sua vida, por parte do Estado ou de particulares, e, ao mesmo tempo, proporcionam a garantia prestacional do poder público para a proteção desses valores tão importantes aos indivíduos em uma sociedade.

¹² MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.243.



Importante salientar que a pessoa jurídica, tutelada pelos artigos 40 e seguintes do Código Civil de 2002, não representa um ser orgânico, como é o caso da pessoa natural, porém usufrui da personalidade para exercer suas funções. É uma invenção do mundo jurídico, que surgiu da necessidade do homem de se reunir em grupos para somar recursos e atingir objetivos em comum. Consiste em uma coletividade de pessoas naturais, que criam um ente abstrato que a lei atribui personalidade jurídica, para que assim possa ser sujeito de direitos e deveres autonomamente. Ainda, no Direito brasileiro existem os chamados "entes despersonalizados". São ficções assim como a pessoa jurídica, porém desprovidos de personalidade. Entes como a massa falida, o condomínio, heranças, sociedades irregulares e o espólio não possuem características que ensejem o atributo da personalidade, porém, ainda assim, são considerados detentores de direitos, tal qual a capacidade processual e a legitimidade passiva ou ativa em processos judiciais. Assim, considerando a situação atual do tratamento dispensado às demais espécies da fauna brasileira, parece injusto que, enquanto uma entidade "morta" possa gozar de uma gama de direitos fundamentais para a sua proteção, os seres vivos não humanos ainda permaneçam na condição de "bens fundamentais", necessários à sobrevivência humana, sem poder exercer direitos básicos voltados à sua existência digna. Nesse contexto, nota-se que, apesar de os animais não humanos serem destituídos de personalidade jurídica e não serem titulares de direitos, o próprio ordenamento brasileiro abre espaço para que essas criaturas possam, um dia, vir a ser sujeitos de direitos básicos, pois já admite tal possibilidade a determinados seres e entidades despersonalizadas. Com inspiração no ordenamento jurídico de países como Suíça, Portugal e França, existem alguns caminhos possíveis para que essa ideia se torne possível.

3. O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS E A CONJUNTURA INTERNACIONAL

O Poder Judiciário é o responsável pela aplicação do direito, usando como instrumento não só a literalidade do texto legal, mas também os precedentes judiciais, os costumes, e as pautas sociais de cada momento histórico. É necessário refletir sobre alguns precedentes importantes vindos de decisões judiciais superiores, os quais evidenciam o debate previamente apresentado. Algumas delas refletem de maneira expressiva os obstáculos culturais, históricos e econômicos que ainda atrapalham a implementação de direitos voltados diretamente aos animais no ordenamento jurídico brasileiro.



Leonard Schmitz aponta que:¹³

a forma em que os precedentes foram incorporados ao ordenamento jurídico decorre de uma pressão de mercado, fruto da globalização, bem como da disfunção do Estado brasileiro, sobretudo por se reduzir a uma “cultura de ementas”, descontextualizadas dos fundamentos fáticos aos quais houve interação das regras jurídicas para se chegar àquela decisão.

No seu turno, Dierle Nunes e Alexandre Bahia esclarecem que:¹⁴

no Brasil, há o equívoco de se utilizar os precedentes enquanto simples enunciados, funcionando como leis fossem. Estes autores compreendem que há uma inversão da função do precedente em nosso ordenamento jurídico, sistema no qual os precedentes são criados com hiperintegração – enquanto fórmulas prontas – e não como pontes de partida, como se dá no Common Law.

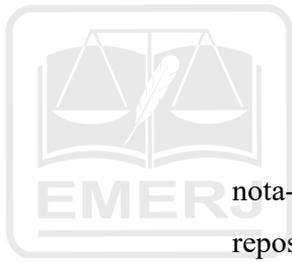
Verifica-se, a partir de uma análise de diversas decisões da Corte, que o STF utiliza o critério da senciencia para o reconhecimento da tutela jurídica dos animais. Não surpreende, uma vez que o critério é o mais utilizado pela doutrina, como bem como possui simplicidade conceitual, por reduzir-se à capacidade do ser experimentar, conscientemente, dor e prazer. Desta forma, o entendimento da Corte pode ser expandido para abranger não somente categorias de animais, mas todos os seres sencientes, isto é, os vertebrados, incluindo os peixes.

Quanto à forma em que se dá a proteção, evidencia-se que há uma aderência, mesmo que de forma não sistemática, ao entendimento teleológico da senciencia, posto que ocorre um vislumbre dos altos graus de violência e agressão de alguns casos. Ademais, ocorre a ponderação da relevância das circunstâncias concretas e, sobretudo, a relação com a promoção do bem-estar destes animais como autorizável das condutas – se estas são compatíveis.

Salienta-se que não há nas decisões jurisprudenciais brasileiras menção à discussão sobre a titularidade ou não dos animais enquanto sujeitos de direitos personalizados, despersonalizados ou mesmo como propriedade viva. Ainda, é notória a rejeição tácita às doutrinas deontológicas como um todo, na figura do abolicionismo animal, com aderência a uma corrente teleológica do bem-estar animal. Tal entendimento, entretanto, demonstra uma tendência à mutação diante do aumento do diálogo da Corte com os autores animalistas da escola abolicionista. Apesar de ainda ser a regra, percebe-se que há uma tentativa dos Tribunais Superiores Brasileiros de desconstituir a ideia de animais como objetos, passando a entendê-los como sujeitos de direito, e não como instrumento de satisfação das necessidades do homem.

¹³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 226, p. 349–371, 2013, p. 350–353.

¹⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 57, p. 17–52, 2015, p. 25.



No que tange ao tratamento jurisprudencial conferido aos animais em outros países, nota-se mudança gradual em suas legislações, configurando um movimento global de reposicionamento do status do animal e sua relação com o ser humano, embora não se afaste a necessidade de muitos avanços ainda. Os três países pioneiros dessa evolução foram Áustria, Alemanha e Suíça, os quais indicam expressamente em suas legislações que os animais não são considerados meramente coisas. A Áustria foi a precursora deste entendimento ao aprovar, em 1988, uma lei federal sobre o estatuto jurídico do animal. Ficou estabelecido no Código Civil Austríaco ABGB – *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* – que os animais não seriam considerados objetos, aplicando-se a eles a legislação reguladora própria apenas de maneira subsidiária, caso não houvesse disposição em contrário.

Posteriormente, na década de 90, a Alemanha também reconheceu que os animais não seriam coisas ao criar uma categoria jurídica intermediária para eles, merecedora de especial proteção, conforme § 90º do Código Civil alemão – *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

Conforme destacam Albuquerque e Silveira:

[...] a proteção jurídica animal na Alemanha é considerada uma das mais avançadas no mundo, em vista de sua proteção constitucional e de uma legislação ampla e de bases éticas não antropocêntricas, considerando o animal como valor em si mesmo. Verifica-se também que, apesar de a proteção animal no país ter em sua origem fundamentos éticos não antropocêntricos, a legislação protetiva possui um misto de normas voltadas para o bem-estar animal, principalmente para a utilização de animais em experimentos científicos e em criação e transporte de animais, como também em relação a dignidade animal, como a proibição de animais para cosméticos, armas e produtos de limpeza e o reconhecimento da senciência animal.¹⁵

A Suíça, por sua vez, alterou o seu Código Civil para estabelecer que os animais não são coisas, dispondo sobre o valor de afeição dos animais de companhia. Da mesma forma, destacam-se os avanços vivenciados na França e em Portugal, que dispõe que os animais são seres dotados de sensibilidade. O Código Civil Francês prevê que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Salvo disposição especial que os proteja, os animais são submetidos ao regime dos bens.”¹⁶

Uma consulta rápida às publicações sobre bem-estar animal fornece uma noção de quão desenvolvido está o reconhecimento da senciência animal no âmbito da ciência e da filosofia atuais. Autores como Donald Broom, da Universidade de Cambridge, John Webster da Universidade Bristol, Bernard Rollin da Universidade Estadual do Colorado, David Fraser da Universidade da Colômbia Britânica, Ian Duncan da Universidade de Guelph, Marian Dawkins da Universidade de Oxford, entre uma longa lista de profissionais ligados às melhores instituições de ensino e pesquisa do mundo, não só reconhecem a senciência, mas dedicam boa parte de seus trabalhos para a diminuição do sofrimento animal.

¹⁵ ALBUQUERQUE, Letícia; SILVEIRA, Paula Galbiatti. *Panorama da proteção jurídica animal na Alemanha*. Disponível em: <portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/34432> . Acesso em: 10 mar. 2022.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.713.167*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1713167&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR> . Acesso em: 10 mar. 2022.



Nesse mesmo sentido, Peter Singer descreve inúmeros relatos laboratoriais de experiências autênticas que usaram cobaias. Observa-se, nesse panorama, que o departamento da psicologia se utiliza de tais testes para comprovar algumas teses óbvias, já a indústria de cosmetologia, busca nos animais a reação de efeitos adversos em novos produtos de maquiagens, testes de toxicologia em substâncias desconhecidas e outras ações supérfluas.

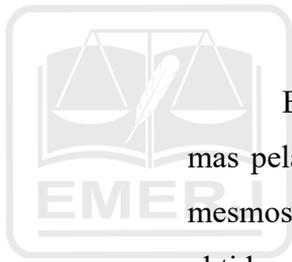
Há muito existe uma forte oposição à realização de experiência com animais, uma vez que existem métodos alternativos que validam da mesma forma a pesquisa científica, porém, o impacto dessa corrente é sempre minimizado, já que as grandes indústrias, apoiadas pelas empresas que lucram com o fornecimento de animais e equipamento para laboratório, preferem submeter os animais a dor a investir no desenvolvimento de métodos substitutivos.

CONCLUSÃO

A dimensão do respeito a todas as formas de vida vem sendo ampliada ao longo da história. O homem, mesmo que forçosamente, passou admitir que não é uma criatura acima das demais. O ser humano não pode mais ignorar que divide o planeta com milhões de animais não humanos, e que é necessário passar a agir de modo a conviver harmoniosamente com todas as espécies vivas. Comumente, o tratamento injusto se justifica, pois, os animais não seriam racionais. No entanto, o argumento é falho, uma vez que os animais são seres sencientes, capazes de sentir e perceber como a espécie humana.

Sintetiza-se que um dos principais objetivos para esse estudo foi provar o quanto é fundamental discutir sobre a ética no tratamento com os animais, e demonstrar como estes sofrem com determinadas situações relacionadas aos experimentos científicos. O resultado de todo esse debate sobre a experimentação animal vem mostrando aspectos relevantes, e tornou definitivo um problema moral galopante. Entre os doutrinadores, é possível encontrar alguns posicionamentos diferentes. Uns os consideram sujeitos, outros os consideram objetos e também existe quem os classifique como sujeito-objeto. É possível também encontrar posicionamentos favoráveis aos animais, considerando-os sujeitos. Isto esclarece, por exemplo, o fato de, mesmo havendo uma ligação de propriedade entre o homem e animal, aquele não poder machucar este, conforme artigo 32 da Lei nº 9.605, de 1998.

Desse modo, entende-se que os animais são sujeitos por força das leis que os resguardam, e por possuírem direitos pertinentes à sua condição de ser vivo. Além dessas posições, ainda há outra na qual há o entendimento de que os animais se encaixam em outra categoria, na qual são considerados sujeitos e objetos ao mesmo tempo.



Entende-se que cientistas já elaboraram novas formas de substituição desses animais, mas pela possível onerosidade do método alternativo preferem continuar a utilizá-los. Esses mesmos cientistas já descobriram, inclusive, que em muitos desses experimentos não são obtidas respostas absolutas, porque o organismo humano não responde de forma completamente equivalente ao organismo animal.

A breve análise sobre a legislação brasileira, que contém leis capazes de tutelar os direitos dos animais, protegendo-os do sofrimento desnecessários em pesquisas, mostra que se deve tratar de maneira mais rígida o tópico, com o aumento de sua pena para os infratores, de modo a promover mudanças práticas significativas e a ampliação das leis existentes.

Em consonância com a legislação, não se pode tolerar que animais ainda sejam vistos como objetos, e tutelar o meio-ambiente é intrínseco a respeitá-los. Permitir testes desnecessários em animais vai de contra as diretrizes constitucionais e nos remete a ideia arcaica de antropocentrismo. Assim, afirma-se o direito dos animais de não serem submetidos a testes laboratoriais em vão, a título de exemplo, aqueles experimentos que visam descobertas de novos cosméticos e produtos frívolos. Em contrapartida, como exceção, verifica-se aceitável os testes imprescindíveis à saúde, que buscam inovar expressivamente a ciência, desde que não exista um método alternativo suficiente. Neste caso, o interesse já não é fútil e sim, idoneamente motivado.

Os experimentos científicos realizados em animais geram grande polêmica, que sempre será motivo de discussões de protetores dos animais, pesquisadores e cientistas. O Estado deve atuar de modo multifacetado, na educação e conscientização e também na punição exemplar aos maus tratos dos animais. Outra mudança passível de gerar melhora substancial à condição desses animais é a possibilidade de alteração do status jurídico do animal, passando o mesmo a ser sujeito de direito, adquirindo assim uma maior proteção do poder público. O certo é que, a evolução legal e constitucional visando a proteção dos animais deve continuar até o ponto em que todos os seres vivos do planeta tenham direito a uma existência que não seja meramente a serviço da espécie humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 set. 2021.

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2021.

CASTRO, Jessyca Pinto de. *Reconhecimento de direitos para além dos seres humanos*. 2019. 16 f. Artigo Científico (Pós-Graduação *Lato Sensu*) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

DIAS, Edna Cardozo. A Defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 2, n. 2, jan./jun., 2007.

ELIAS, Isabela Pinheiral. *O afeto reposicionando o animal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2020. 108 f. Trabalho monográfico (Pós-Graduação *Lato Sensu*) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

FODOR, Amanda Cesario. *A defesa dos direitos e dignidade dos animais não-humanos como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro*. 2016. 79 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016.

FREIRE, Gilmar Miranda. Experimentação animal: um estudo de caso numa universidade baiana. *Revista brasileira de Direito Animal*, v. 4, n. 5, jan./dez., 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREIF, Sérgio. *Alternativas ao Uso de Animais Vivos na Educação – pela ciência responsável*. Disponível em : < <file:///D:/Users/05223379969/Downloads/subst%20animal.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2021.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. São Paulo: Mantiqueira, 2011.

PURVIN, Guilherme. *Direito ambiental e proteção dos animais*. Rio de Janeiro: Letras Jurídicas, 2019.

RECH, Maya Pauletti. *Experimentação Animal: uma abordagem acerca do sofrimento e crueldade*. 2013. 33 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013.

SANTOS, Cleopas Isaías. *Experimentação animal e direito penal: o Crime de Crueldade e Maus-Tratos à Luz da Teoria do Bem Jurídico*. Rio de Janeiro: Juruá, 2014.

SANTOS, Samory Pereira. *Os limites do direito animal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2017. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da. *Curso de Direito Animal*. Rio de Janeiro: Clube dos Autores, 2019.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.



INFANTICÍDIO INDÍGENA: O CONFLITO ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO DE PROTEÇÃO À CULTURA

Victória Lemes Carvalho

Graduada pela Faculdade Candido
Mendes (UCAM). Advogada.

Resumo – com o avanço da globalização e as insistentes intervenções na sociedade indígena, do colonialismo à república, e os séculos de subjugação e exploração, faz-se mister consignar o lugar e a importância da sociedade e da cultura indígena no Brasil. O entrave entre os direitos fundamentais expostos no presente trabalho são apenas delineados de um apagar paulatino dos costumes, da cultura e das religiões indígenas. Fatores, como intervenção governamental, globalização, etnocentrismo, dentre outros, têm colaborado com tal extinção cultural. Dessa forma, o debate proposto pelo presente artigo tramita entre os lineares do direito à cultura e também à sua preservação, bem como o direito a uma identidade cultural, o que tem sido negado à sociedade indígena por séculos, e o direito à vida condicionado, contudo, às ações interventivas propulsionadas pelo Estado Brasileiro de Direito, e os limites, bem como a legitimidade de tais interferências.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Infanticídio. Direitos fundamentais.

Sumário – Introdução. 1. Identidade cultural e o indígena no Brasil do século XXI: O apagar de uma etnia. 2. Garantias constitucionais indígenas e a prática do infanticídio. 3. O infanticídio indígena como manifestação cultural e religiosa e a intervenção estatal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a prática o “infanticídio”, ainda perpetrado por algumas etnias no Brasil. Nesse sentido, assume-se o viés de fazê-lo à luz do sistema constitucional brasileiro, bem como, levando em consideração a inserção do debate em um Estado Democrático de Direito.

Busca-se salientar a contraposição e o quase dicotômico conflito entre o direito fundamental à vida e o direito fundamental à cultura, voltado à conservação dos costumes dos povos indígenas.

Desta forma, o primeiro capítulo é iniciado com a inserção da identidade cultural dos povos indígenas, objeto de proteção pela Lei Maior do ordenamento pátrio, bem como a liberdade de exercê-la.

Já no segundo capítulo, expor-se-ão os princípios fundamenais, a exemplo os Direitos Constitucionais indígenas, retratando que respeitar o relativismo cultural é também respeitar o princípio máximo trazido pela Carta Magna brasileira, qual seja a dignidade da pessoa humana.

O presente estudo, em seu terceiro capítulo, busca ainda analisar o viés intervencionista

do Estado Brasileiro de Direito na cultura indígena, que carrega em si milênios de tradição, bem como a busca por proteção das crianças e adolescentes, possíveis vítimas da prática, cultural e religiosa, do “infanticídio”.

A ponderação que se pretende fazer em relação à superposição de direitos fundamentais não é simples e fria, trazendo consigo dissonâncias que devem ser resolvidas e satisfeitas da melhor forma, traduzindo sempre os preceitos constitucionais e conservando a organização social, os usos, costumes e as tradições dos povos indígenas.

Para tanto, a abordagem do objeto deste trabalho será necessariamente qualitativa, pois a análise será feita frente a questões de crenças religiosas e culturais dos povos indígenas, da mesma forma como em relação ao conflito entre os direitos fundamentais à vida e da proteção à cultura. Nesse sentido, velear-se-á de arcabouço de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial pertinente à matéria em pauta.

1. IDENTIDADE CULTURAL E O INDÍGENA NO BRASIL DO SÉCULO XXI: O APAGAR DE UMA ETNIA

Identidade cultural, por definição, é uma forma de sistema representativo que abarca as relações entre os indivíduos e seus grupos de convivência. O processo de fixação de uma identidade cultural é dinâmico e de “aperfeiçoamento” continuado, que se transforma e se funda conforme o tempo e o espaço, alimentando-se de várias fontes.

A compreensão da identidade cultural indígena não é passível de uma única constatação, tendo em vista não só a pluralidade de povos, mas também as vastas etnias e o modo de vida plural desempenhado por cada uma destas.

Da análise do processo colonizador dos povos indígenas, é possível verificar, por meio da História, que a interação do indígena com o homem branco está marcada pelo gradativo apagar de sua cultura e etnia. Desde a chegada dos europeus, conforme explicita Vera Lucia Teixeira Kauss¹, durante o processo de colonização, “o indígena deixa de ser dono da terra para ser habitante indesejável em seu próprio solo”.

Desde a chegada da primeira leva de europeus ao Brasil, cerca de 1.400 homens², a população indígena vem sendo drasticamente reduzida, vítima de doenças e extermínio. No

¹ KAUSS, Vera. *Nus de estoicismo*: para além de uma visão eurocêntrica sobre os indígenas. 2011. 96 f. Trabalho monográfico (Doutorado em Letras) - UNIGRANRIO, Rio de Janeiro, 2011.

² BRASIL ESCOLA. *Imigração no Brasil*. Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/brasil/imigracao-no-brasil.htm>> Acesso em: 02 mar. 2022.

primeiro século de colonização, 90% dos indígenas foram mortos³, a maioria por conta das doenças trazidas pelos colonizadores. Contudo, nem todo nativo se rendeu aos “encantos” e negociações portuguesas, e assim, também foram mortos em confronto ou escravizados em plantações.

Hoje, o Brasil ainda é casa de cerca de 305 etnias indígenas, ostentando mais de 274 línguas diferentes⁴, porém, estima-se que apenas 800 mil indígenas⁵ ocupem o território brasileiro, fruto de uma quase extinção, se comparado aos números iniciais.

A escravização, tão quanto a catequização do índio, perpetrada em todo processo colonizador, além de lhes ceifar a vida, a necessidade imperativa dos portugueses de lhes “salvar” a alma, como um propósito divino, ainda lhes despiu de suas crenças, cultura e modo de vida. A intenção portuguesa, para além, era dar aos indígenas a roupagem europeia, cristã e “civilizada”, ação que derivava da mais clara expressão de etnocentrismo – movimento que prega a cultura do observador como referencial, exemplo e meta a ser atingida, em detrimento da extinção e subjugação da cultura do outro.

O processo de “destribilização” arrancava os aspectos da forma de vida dos nativos, vez que, ao imporem os seus valores e modo de viver, os europeus acabavam com a diversidade cultural dos indígenas.

O encontro da cultura indígena com a cultura “branca e civilizada” se deu, desde o início, acompanhado de características de dominações monstruosas da civilização ocidental sobre as populações chamadas nativas, sendo estas marcadas por ameaças à cultura ancestral, opressões, deslocamentos forçados, dentre tantas outras ações invasivas e destrutivas. Os povos indígenas brasileiros sentem o peso da violência decorrente de explorações econômica, política e social, mas também da violência religiosa, por meio das iniciativas da “evangelização” trazidas pelo cristianismo e impostas aos nativos sem consideração às suas cosmovisões, culturas e religiões que já faziam parte de sua identidade e cultura desde muito antes da chegada dos portugueses.

Este choque de culturas foi e tem sido impactante, mas, apesar de todo contexto de marginalização, homogeneização e violência, tanto material quanto simbólica, os povos indígenas parecem resistir a todas essas transformações, conflitos e estereótipos, suportando ainda o impacto da globalização que adentra em seus costumes e modo de vida.

³ Ibid.

⁴ BBC NEWS. *Dia do Índio*. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36682290>>. Acesso em: 28 fev. 2022.

⁵ MUNDO EDUCAÇÃO. *População indígena no Brasil*. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/a-populacao-indigena-no-brasil.htm>> Acesso em: 25 fev. 2022.

Mostra-se importante salientar que ainda persiste, atualmente, a cultura indígena sofre intensas e massivas intervenções, sendo necessário aos povos buscar alternativas de sobrevivência física e cultural.

Contemporaneamente, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶, que foi o divisor de águas de maior expressão na causa indígena, reconheceu-se a pluralidade étnica como direito, evidenciando a questão da proteção às comunidades indígenas.

Dar condições às transformações sociais, ampliou a liberdade dos povos originários de exercerem seus projetos de vida, crença e ter sua cultura e valores respeitados. Atualmente, o modo de vida e os direitos do indígena estão garantidos e fundamentados em três importantes pilares de dignidade, sendo eles a Fundação Nacional do Índio⁷ (FUNAI), órgão executivo das políticas indigenistas brasileira, o Estatuto do Índio, Lei nº 6001/1973⁸, e a Constituição Federal da República⁹.

Entretanto, mesmo com todas as medidas afirmativas tomadas para a garantia dos direitos dos povos indígenas, tais direitos sofrem ameaças constantes e atuais, um exemplo dessas ameaças recentes que se pode citar é a tese jurídica definida como “marco temporal”¹⁰, que defende uma alteração na política de demarcação de terras indígenas no Brasil.

Segundo essa tese, só teria direito de reivindicar a posse da terra, o povo indígena que já a ocupasse no momento na promulgação da Constituição Federal, ou seja, até 05 de outubro de 1988.¹¹

O movimento do marco temporal tomou força no Brasil a partir de uma disputa jurídica entre o governo de Santa Catarina com a etnia Xokleng¹², por uma terra que faz parte da Terra Indígena Ibarama-Laklãnõ¹³.

O estabelecimento da demarcação das terras indígenas é de suma importância para que se garanta a preservação ambiental, visto o avanço indiscriminado e a facilitação da ação de

⁶ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 fev. 2022.

⁷ BRASIL. *Fundação Nacional do Índio*. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br>>. Acesso em: 27 fev. 2022.

⁸ BRASIL. *Lei nº 6011*, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 28 fev. 2022.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁰ MUNDO EDUCAÇÃO. *Marco temporal indígena*. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/politica/marco-temporal.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

¹¹ Ibid.

¹² BBC NEWS. *Xokleng: povo indígena quase dizimado protagoniza caso história no STF*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57656687>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

¹³ BRASIL. *Terras indígenas no Brasil*. Disponível em: <<https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3682>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

agricultores, contribuindo para o desmatamento. Nesse sentido, cumpre consignar que o marco temporal é um artifício do qual lançaram mão os ruralistas e agricultores, com o fim de barrar o avanço das demarcações de terras indígenas no Brasil. Inclusive, é imprescindível citar que a tese difundida como “marco temporal” é inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal garante o direito dos indígenas a terem suas terras demarcadas.

As invasões e mudanças nos territórios indígenas são incontáveis, e aqueles que precisam deixar sua terra passam a viver em situação de miséria e marginalização nas grandes cidades, além do que, os povos indígenas têm enfrentado discriminação e negação dos seus direitos especialmente associados às mudanças no cenário político.

Aliás, a terra, para o indígena, é muito mais do que a exploração para a subsistência, assim como para qualquer sociedade. O território que se habita é também expressão e garantia da perpetuação cultural e dos costumes, pois expressa a ideia de pertencimentos e absorve as lembranças e as vivências de um povo. Dessa forma, a proteção é de suma importância, e a manutenção de incolumidade se impõe como forma de manutenção da dignidade.

2. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS INDÍGENAS E A PRÁTICA DO INFANTICÍDIO

A Constituição Federal¹⁴ define, em seu capítulo VIII – “Dos índios”, mais especificamente no artigo 231, a autodeterminação dos povos indígenas, o que reconhece a estes o direito a uma organização social própria que não se submete ao modelo de estado adotado pela sociedade “não índia”.

Os povos indígenas, dentro de sua territorialidade, podem expressar-se como “nação”, com direitos e deveres próprios de sua classe, o que contribui para a manutenção dos costumes e tradições, bem como possibilita a gerência das terras que originalmente ocupam. Ainda de acordo com o artigo 231 da Constituição Federal¹⁵, os indígenas depreendem os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

É certo que, no contexto de proteção indígena, o direito à identidade cultural abarca também a necessidade de que as leis protejam as terras que pertencem a esse povo, vez que os espaços que ocupam são de suma importância em relação ao aspecto cultural. Parte dessa cultura se expressa também nos cultos, ritos e costumes de uma sociedade tão rica e vasta como a indígena.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁵ Ibid.

Em 09 de agosto 1995, um decreto da ONU fixou o Dia Internacional dos Povos Indígenas¹⁶ como resultado da atuação de representantes de povos indígenas de diversos locais do globo terrestre. Essa atuação visava criar condições para a interrupção dos ataques sofridos pelos povos indígenas em seus territórios, após mais de quinhentos anos da expansão das formas de sociabilidade impostas aos indígenas. Um dos principais objetivos da declaração permanece buscando garantir aos diversos povos indígenas do mundo a autodeterminação, sem que sejam forçados a tomar qualquer atitude contra a sua vontade, como expresso no artigo 3º da Declaração: “Os povos indígenas têm direito à autodeterminação”.¹⁷

Em virtude desse direito, livremente determinam sua condição política e buscam seu desenvolvimento econômico, social e cultural, além do que, aos povos indígenas é garantido o pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas¹⁸, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹ e o direito internacional dos direitos humanos.

Dessa forma, a ONU possibilita a equiparação dos direitos das etnias indígenas como direitos que são garantidos pela entidade aos demais povos e etnias do mundo. A promulgação da Declaração é um apoio à resistência econômica, política, religiosa e cultural que as diversas etnias indígenas ainda mantêm.

Dentre essas tradições milenares está a prática do “infanticídio indígena”, comum antes mesmo da “descoberta” das terras brasileiras. O costume não ocorre em todas as etnias, verifica-se, de acordo com dados da FUNAI, que por volta de 13 etnias²⁰ ainda perpetuam a prática, principalmente as mais isoladas do contato com outras formas de sociedade.

Como cediço, a cultura indígena não é homogênea, de forma que cada etnia tem suas peculiaridades, algumas permitindo a prática do infanticídio e outras, não.

Infanticídio, no Código Penal Brasileiro²¹, consiste na prática de um homicídio privilegiado que se perpetra pela mãe, no estado puerperal, contra o próprio filho, durante o parto ou logo após. No entanto, essa expressão, no presente trabalho, faz referência à prática

¹⁶BRASIL. *Convenção nº 169* OIT, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 28 fev. 2022.

¹⁷BRASIL. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2022.

¹⁸BRASIL. *Decreto nº 19.841*, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 02 mar. 2022.

¹⁹BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 01 mar 2022.

²⁰UOL, op. cit., nota 5.

²¹BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2022.



indígena de homicídio de crianças, mas não por influência do estado puerperal e nem sempre perpetrado pela própria mãe.

Executada por algumas tribos isoladas no Brasil, tal prática se traduz no homicídio de algumas crianças, não apenas recém-nascidas, devido a critérios culturais de cada etnia, como por exemplo, da criança que por algum motivo possa “prejudicar” a preservação da cultura ou oferecer riscos à tribo. Os casos mais comuns e mais comentados são relacionados a crianças que nascem gêmeas, ou que são filhos de mães solteiras, bem como aquelas que nascem ou adquirem algum tipo de deficiência²². Algumas tribos também, como a dos Kamayurá²³, praticam o infanticídio com o intuito de controlar a população quando se entende que há um “excesso” de crianças. E, no Xingu²⁴, o nascimento de criança gêmea é tido como maldição, justificando, de acordo com a cultura local, tal atividade.

O infanticídio indígena é uma expressão da cultural e da crença de algumas etnias, decorrente de práticas milenares. Igualmente, é de conhecimento que o direito à diversidade cultural e ao patrimônio cultural é assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 215, parágrafo primeiro²⁵:

O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Além do que, o artigo 231, também da Constituição Federal²⁶, preceitua que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Nesse sentido, a prática do infanticídio é reconhecidamente uma tradição indígena, e, por isso, é passível de proteção, inclusive constitucional. No entanto, uma ressalva há de ser feita, tanto no âmbito da análise do ordenamento jurídico brasileiro, quanto no âmbito internacional e dos Tratados dos quais o Brasil é signatário. Não é possível, nem ao menos razoável, que haja priorização da diversidade cultural em detrimento dos direitos humanos. De

²² BRASIL. Âmbito jurídico. *Infanticídio Indígena*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/infanticidio-indigena-o-conflito-entre-o-direito-a-vida-e-o-direito-de-protecao-a-cultura/>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

²³ BRASIL. Instituto socioambiental. *Povos indígenas no Brasil*. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kamaiur%C3%A1>. Acesso em: 02 mar. 2022.

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 23.

²⁶ Ibid.

acordo com o artigo 4º da Declaração Universal sobre Diversidade Cultural²⁷:

A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, indissociável do respeito pelos direitos humanos. Implica um compromisso para com os direitos humanos e liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas pertencentes a minorias e dos povos indígenas. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para justificar a violação dos direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para restringir o seu âmbito.

Sendo assim, a proteção instituída pela Constituição Federal ao direito de cultura, diversidade cultural, reconhecimento da organização social indígena, dos seus costumes e práticas, não é capaz de afastar o direito, também constitucional, à vida. Conforme preceitua o artigo 5º da Constituição Federal de 1988²⁸: “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”.

Nesse sentido, apesar da defesa, que é justa e necessária, contra as intervenções e invasões na cultura indígena, não há que se falar em sopesamento ou em preponderância do direito à cultura, e de expressá-la, quando esta afronta diretamente o direito à vida.

No entanto, a adoção pelo Estado Brasileiro de Direito do posicionamento de reprimenda, proibição ou de regulamentação da prática do infanticídio, abre outros âmbitos que deverão também ser observados e cobertos pela tutela do Estado. Além disso, a intervenção do Estado a essas práticas deverá ser objeto de controle e ainda observar ao máximo a manutenção da expressão cultural indígena.

A cultura, quando está interligada a práticas milenares e também religiosas, torna-se ainda mais sensível e mais arraigada. Não há dúvidas de que o direito à vida, se em conflito com o direito à cultura, terá primazia. No entanto, isso não afasta o direito de proteção à cultura, que deverá ser observado e sacrificado ao mínimo quando da intervenção.

3. A IDEOLOGIA INTEGRACIONISTA E A INTERVENÇÃO ESTATAL NA CULTURA INDÍGENA

Desde a colonização, a comunidade indígena é vista como pertencente a uma sociedade primitiva, bárbara e não civilizada, que deveria ser trazida e moldada nas formas,

²⁷ BRASIL. *Declaração Universal sobre Diversidade Cultural*. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2022.

²⁸ Idem, op. cit., nota 06.

primeiramente, no contexto colonizador, da sociedade Europeia, e hoje, a pressão para a adaptação à cultura nacional ainda perdura. Como exemplo dessa ideologia integracionista, cumpre consignar que todas as Constituições brasileiras, exceto a de 1988, utilizavam-se das expressões “incorporação”, e “integração de silvícolas à comunhão nacional”, traduzindo, dessa forma, o viés e a intenção integracionista que permeava a relação entre o Estado e a comunidade indígena.

Nesse sentido, torna-se necessário destacar que a Constituição Federal de 1988 foi um marco jurídico-institucional relevante no reconhecimento da visão pluriétnica e multicultural, assegurando, aos indígenas, conforme seus artigos 231 e 232, as terras que tradicionalmente ocupam, bem como lhes deu capacidade civil, defesa às suas instituições e culturalismo, visando à proteção e à valorização da sociedade indígena. Conforme Carlos Frederico Souza Filho²⁹:

Esse rompimento normativo é representativo do modelo multicultural e veio no sentido de compreender que o sistema jurídico ocidental, imaginado como um conjunto de valores universais, que receberem caráter normativo e impositivo, somente podem ser assim considerados e realizados dentro de um contexto de sociedade previsto pelo Estado.

Por conseguinte, atestar e conceber a existência de povos que vivem a partir de um sistema diverso, com cultura, costumes e práticas milenares próprios, que devem ser respeitados e preservados, é essencial para que a ideologia integracionista caia para que os avanços da aculturação do povo indígena sejam obstados.

De acordo com Paulo Thadeu Gomes da Silva³⁰, “até a promulgação da CF/88, pode-se afirmar que a política estatal para os povos indígenas era de aculturação, a partir da assimilação cultural e, posteriormente, pela integração à comunhão nacional, nos moldes ocidentais [...]”. Nesse sentido, a ideologia integracionista é mais uma tradução do eurocentrismo e também do etnocentrismo, que levou, no projeto de nação e de identidade da sociedade brasileira, a ideia de que o indígena ocupasse apenas o lugar de “bom-selvagem”, que gradualmente deveria ser inserido na civilização.

No entanto, esse não é o viés que deve permear a sociedade brasileira atualmente, muito menos é um viés aceito pela Carta Magna da República Federativa do Brasil. Assim, as técnicas e táticas de integração do indígena a uma suposta sociedade mais evoluída e civilizada, não fazem

²⁹ SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. *As novas questões jurídicas nas relações dos estados nacionais com os índios*. Rio de Janeiro: LACED, 2002. p. 06.

³⁰ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxo e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 08.

nenhum sentido, como ainda afrontam aos preceitos constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

A sociedade indígena e o próprio indígena, atualmente, não se esgotam em um povo em transição para uma civilização. Na verdade, têm e são sua própria civilização, única e multicultural, tendo em vista a existência de diversas etnias e tribos.

A Constituição de 1988 reconhece ainda o direito à preservação da cultura, língua, crenças e tradições, além da manutenção organizacional social própria de cada povo, o que rompe de forma drástica com a política integracionista. Contudo, conforme explicita Luiz Henrique Eloy Amado³¹:

O modelo integracionista se baseava na superioridade da cultura hegemônica, compreendendo a identidade sócio-política-cultural indígena como transitória. Apesar da Constituição Federal de 1988 estabelecer uma visão pluriétnica e multicultural, com um tratamento de proteção e valorização de diferenças, convivência respeitosa e reconhecimento de instituições indígenas próprias, legislação vigente e as políticas públicas nem sempre vão ao encontro dessa normativa, ainda estando presente muitos elementos de retrocesso.

Como um exemplo atual desses elementos de retrocesso, é possível citar a intervenção estatal na demarcação das terras indígenas, firmada por meio da tese jurídica definida como “marco temporal”, que defende uma alteração na política de demarcação de terras indígenas no Brasil. Segundo essa tese, só teria direito à reivindicação e posse da terra, o povo indígena que já a ocupasse no momento da promulgação da Constituição Federal, ou seja, até 05 de outubro de 1988. O estabelecimento da demarcação das terras indígenas é de suma importância para que se garanta a preservação ambiental, visto o avanço indiscriminado e a facilitação da ação de agricultores e garimpeiros que contribui para o desmatamento.

Já em relação à prática do infanticídio, como destacado anteriormente, entende-se que, apesar da proteção e defesa à cultura e sua manifestação, na “preponderância” de bens, e valores, o direito à vida, constitucionalmente protegido, larga muito à frente da proteção cultural.

Cumprir consignar que os valores do Estado Brasileiro de Direito, concretizados pelo texto constitucional, afastam qualquer aceitabilidade de práticas que menos cabem à vida humana e que infringem a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, apesar da defesa esperada e devida, o Estado não poderá, em detrimento à vida, salvar as formas de manifestações culturais atentatórias aos preceitos constitucionais, como a prática do infanticídio, vez que os direitos humanos não podem ser relativizados diante de atos contrários à vida e à dignidade pessoal. Logo, a resposta estatal tem caminhado no

³¹ AMADO, Henrique Eloy. *Terra Indígena e legislação indigenista no Brasil*. Rio de Janeiro: Cadernos culturais, v.7, nº 1, abr. 2015.

sentido da elaboração de projetos de Lei que combatam o infanticídio em áreas indígenas. As medidas visam combater “práticas tradicionais nocivas”, e têm gerado grandes debates, principalmente na Comissão de Direito Humanos.

O objetivo do projeto de Lei nº 1057/2007³² é a erradicação do infanticídio indígena no Brasil e traz algumas diretrizes a serem adotadas pelo Estado como meio de intervenção na questão. O projeto prevê, dentre outras medidas, a criação de um Conselho Tutelar Indígena que terá autonomia para promover as ações adequadas em cada caso concreto.

Imperioso destacar uma das emendas ao projeto de Lei sugerida pelo Deputado Henrique Afonso, do Partido Verde, que diz que: “O Projeto dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais”.³³

Entre as práticas consideradas como tradicionais e nocivas às crianças indígenas, está o infanticídio, elencado no artigo 2º do Projeto de Lei³⁴:

- Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como:
- a. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;
 - b. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;
 - c. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;
 - d. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero;
 - e. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão.
 - f. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;
 - g. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;
 - h. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo;
 - i. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto;
 - j. de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição;
 - k. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas;
 - l. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança.
 - m. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.

O texto ainda prevê que o órgão de proteção das políticas indigenistas, como a FUNAI, deverá desenvolver projetos e programas que visem à defesa de recém-nascidos, crianças,

³² BRASIL. *Projeto de Lei nº 1057/2007*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>>. Acesso em: 08 mar.2022.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

adolescentes, mulheres e idosos que se encontrem em situação de gestação múltipla, deficiência física ou mental, filhos de pai ou mãe solteiros, dentre outros, que corram risco de vida.

Dessa forma, os órgãos competentes deverão realizar os cadastros das gestantes com o intuito de acompanhar e garantir a devida proteção. Além do que, os cidadãos também ficam obrigados a informar sobre qualquer situação de risco em comunidades indígenas, sob pena de responsabilização, conforme artigo 4º do Projeto de Lei³⁵.

Artigo 4º. É dever de todos que tenham conhecimento das situações de risco, em função de tradições nocivas, notificar imediatamente as autoridades acima mencionadas, sob pena de responsabilização por crime de omissão de socorro, em conformidade com a lei penal vigente, a qual estabelece, em caso de descumprimento: Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Ante o exposto, é necessário refletir sobre o direito como uma imposição de uma cultura, usando como ferramenta as normatizações que se fazem necessárias diante das dinâmicas sociais diversas.

Embora muitos avanços tenham ocorrido no campo jurídico e normativo, diversos outros precisam ser explorados e perpetrados no sentido de preservação da cultura indígena, cumulada com a intervenção mínima e segura do Estado para que se cumpram os preceitos constitucionais e seja efetiva a proteção ao direito à vida.

CONCLUSÃO

A pesquisa circunscreveu-se de forma a problematizar e evidenciar o choque entre os direitos fundamentais de proteção à cultura e o direito à vida no âmbito da prática cultural, religiosa, milenar e expressiva dos costumes indígenas em relação ao infanticídio.

A discussão fundou-se no contexto de violência histórica, material e física, suportada pela sociedade indígena desde o início da colonização brasileira e que, insistentemente, perdura até o momento atual, travestindo-se em outras formas de violência. Entretanto, apesar das claras intervenções, tenham sido essas coloniais, individuais ou governamentais, que despiram o indígena de suas crenças, costumes e até mesmo de suas terras, ao analisar o contexto democrático brasileiro à luz da Carta Magna do Estado, vê como incontestável o destaque para a prevalência do direito à vida, sobre qualquer manifestação cultural, religiosa e social.

Nesse sentido, ainda que a defesa seja justa e deva ser destinada à sociedade indígena para que haja a conservação de sua cultura, não é possível ignorar o fato de que, diante dos

³⁵ Ibid.

valores do Estado Brasileiro de Direito, concretizados pelo texto constitucional, é afastada qualquer aceitabilidade de práticas que menos cabem à vida humana e que infrinjam a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, apesar da defesa esperada e devida, o Estado não poderá, em detrimento à vida, salvar as formas de manifestações culturais atentatórias aos preceitos constitucionais, como a prática do infanticídio, afinal, os direitos humanos não podem ser relativizados diante de atos contrários à vida e à dignidade pessoal.

Além do que, apesar da atuação estatal ser legítima frente à proteção da vida e da dignidade humana, tal interferência deve cumprir os preceitos da lesividade mínima para que não venha ferir outros direitos fundamentais que devem ser mantidos incólumes, a fim de que a intervenção se restrinja somente à proteção do essencial, sem excessos, observando sempre a condição ímpar da sociedade indígena e do respeito, bem como o valor que lhes deve ser destinado.

REFERÊNCIAS

AMADO, Henrique Eloy. Terra Indígena e legislação indigenista no Brasil. Rio de Janeiro: *Cadernos de estudos culturais*, v.7, nº 1, abr. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2022.

_____. *Convenção nº 169 OIT*, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 28 fev. 2022.

_____. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, de 13 de setembro de 2007. Disponível em <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2022.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2022.

_____. *Declaração Universal sobre Diversidade Cultural*. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2022.

_____. *Decreto nº 19.841*, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 02 mar. 2022.



_____. *Decreto-Lei nº 2848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2022.

_____. *Lei nº 6011*, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm>. Acesso em: 28 fev. 2022.

_____. *Projeto de Lei nº 1057*, de 11 de maio de 2007. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

KAUSS, Vera. *Nus de estoicismo*: para além de uma visão eurocêntrica sobre os indígenas 2011. 96 f. Trabalho monográfico (Doutorado em Letras) - UNIGRANRIO, Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios*: fundamentalidade, paradoxo e colonialidades internas. São Paulo: Café com Lei, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. *As novas questões jurídicas nas relações dos estadosnacionaiscom os índios*. Rio de Janeiro: LACED, 2002.



RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS EM DECORRÊNCIA DA PUBLICIDADE DE PRODUTOS E SERVIÇOS

Vitor de Moraes Carrara.

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais – RJ. Pós-graduando no curso *Lato Sensu* de especialização em Direito Público e Privado

Resumo – as redes sociais se consolidaram como um dos mais relevantes meios de comunicação da modernidade. Com o crescimento exponencial do número de usuários, os influenciadores digitais tornaram-se figuras de suma relevância no mercado de consumo, ditando e influenciando o comportamento de grande parte de seus seguidores. Entretanto, assim como os demais personagens econômicos, a atividade destas celebridades virtuais não é irrestrita, independente da informalidade característica dos meios digitais. Deste modo, o objetivo do presente artigo é analisar sua responsabilidade civil em razão dos produtos e serviços anunciados em seus perfis, assim como pela própria publicidade.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Influenciadores Digitais. Vício e defeito do produto ou serviço. Publicidade.

Sumário – Introdução. 1. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos influenciadores digitais. 2. Responsabilidade pelos vícios do produto: objetiva ou subjetiva? 3. Responsabilidade pela publicidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a responsabilidade civil dos influenciadores digitais em decorrência dos anúncios veiculados em seus perfis. Visa-se demonstrar que, ao veicularem produtos e serviços fornecidos por terceiros, estas celebridades virtuais respondem não somente pela publicidade em si, mas também pelos eventos danosos decorrentes do bem de consumo.

Objetivando atingir esta conclusão, será feita uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, buscando definir a responsabilidade dos influenciadores digitais, figura recente no mercado de consumo.

O acesso à internet e a utilização das redes sociais já são uma realidade experimentada pela esmagadora maioria da população brasileira. A título de exemplo, segundo informações do IBGE, em 2019, a Internet era utilizada por 82,7% dos domicílios brasileiros. Ainda, em pesquisa realizada no mesmo ano pela *Hootsuite* em conjunto com a *We Are Social*, 140 milhões

dos internautas brasileiros são ativos em alguma rede social.

Um dos personagens principais deste formato de mídia é o influenciador digital. Personalidades da modernidade, divulgam seu cotidiano, formam opiniões e influenciam o comportamento dos seus seguidores, que, por vezes, superam a casa dos milhões. Cientes de sua forte presença, comerciantes contratam os serviços destes influenciadores para que suas marcas sejam publicizadas por essas novas celebridades, mediante os chamados *publiposts*.

Entretanto, por diversas oportunidades, visando o lucro e em razão da grande concorrência neste novo mercado, os influenciadores não se atentam à qualidade e veracidade daquilo que anunciam. Cabe assim definir sua responsabilização em razão de eventuais vícios ou defeitos dos produtos e serviços veiculados em seus perfis.

No primeiro capítulo, se objetiva demonstrar que os influenciadores digitais se enquadram na figura de fornecedores, incidindo o Código de Defesa do Consumidor nas relações firmadas com os adquirentes dos produtos e serviços anunciados.

Ato contínuo, o segundo capítulo visa assentar que os influenciadores digitais poderão ser responsabilizados pelo próprio fato ou vício dos bens de consumo que publicizam, integrando a cadeia de consumo, sob a égide da responsabilidade objetiva.

Por fim, no terceiro capítulo, se explicitará a responsabilidade dos criadores de conteúdo digital em decorrência da publicidade em si.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, tendo em vista que o tema será analisado mediante interpretações teóricas sobre o instituto da responsabilidade civil do influenciador digital sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.

As metodologias de pesquisa adotadas serão a descritiva e exploratória, se valendo da bibliografia pertinente à temática em análise, com auxílio da legislação, da jurisprudência e de dados estatísticos.

1. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

A incidência do Código de Defesa do Consumidor às relações firmadas entre os particulares é atraída quando configurada a presença de uma relação de consumo. Para tal, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos apresentados pela Lei nº 8.078/90, os quais, conforme aponta a doutrina¹, dividem-se em os de ordem subjetiva e objetiva.

¹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.80-101.

Acerca do aspecto subjetivo, há a imposição da presença de dois sujeitos específicos em cada polo da relação, o consumidor e o fornecedor. Aquele, conforme dispõe a legislação pátria², se caracteriza como o destinatário final do produto ou serviço ofertado pelo fornecedor. Para fins de resolução da problemática enfrentada no presente capítulo, irrelevante um maior aprofundamento na discussão acerca do alcance da expressão “destinatário final”, motivo pelo qual não será realizado.

O segundo agente essencial das relações de consumo é o fornecedor. Segundo o Código de Defesa do Consumidor³, este personagem se configura como aquela pessoa, física ou jurídica, que insere no mercado de consumo produtos ou serviços. Pela redação legal, perceptível que o legislador optou por um conceito amplo, abrangendo uma série de atividades que, quando exercidas, caracterizam o sujeito como fornecedor.

Neste sentido, aponta a doutrina que, para fins de incidência da legislação consumerista, basta que o sujeito integre a cadeia de fornecimento.⁴

Por sua vez, compreende-se como elemento objetivo da relação de consumo o produto ou serviço objeto do negócio firmado entre consumidor e o fornecedor. A definição de produto é precisamente delimitada pelo próprio texto legal do diploma legislativo ora analisado⁵, fazendo-se desnecessária uma análise mais detalhada.

Quanto ao serviço, objeto este que mais se adequa à prestação dos influenciadores digitais, o Código de Defesa do Consumidor⁶ apresenta dois requisitos. O primeiro, de que a atividade seja inserida no mercado de consumo. O segundo, por sua vez, impondo que a prestação do serviço ocorra mediante remuneração.

Acerca do mercado de consumo, assinala Bruno Miragem⁷:

[...] mercado de consumo é o espaço ideal e não institucional, onde as atividade des troca de produtos e serviços avaliáveis economicamente, mediante oferta irrestrita aos interessados e visando, por um lado, à obtenção de vantagens econômicas (por parte dos fornecedores), e por outro a satisfação de necessidades pela aquisição ou

² BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2021.

³ Ibid. Artigo 3º, Lei nº 8.078/90: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 185.

⁵ Artigo 3º, §1º, Lei nº 8.078/90: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”. BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶ Explicita o artigo 3º, §2º, Lei nº 8.078/90: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” Ibid.

⁷ MIRAGEM, op. cit., p. 190.

utilização de produtos e serviços (por parte dos consumidores).

Quanto ao seu viés lucrativo, prepondera o entendimento de que a remuneração para fins de caracterização da relação consumo poderá ser tanto direta ou indireta. Em outras palavras, o fornecedor deverá auferir lucro em razão do serviço prestado, seja este decorrente diretamente do contrato firmado com o consumidor, ou resultante de outras vantagens distintas de uma contraprestação imediatamente perceptível.

Definidas as balizas que atraem a aplicação da legislação consumerista, resta analisar se há o enquadramento do influenciador digital nos conceitos supracitados.

Os *influencers*, figuras de destaque nas redes sociais, tornaram-se os grandes formadores de opinião da atualidade. Através do compartilhamento de seu cotidiano, experiências, preferências e de interações sociais, criam laços de identificação com seus seguidores, sendo capazes de induzirem significativamente seus comportamentos.⁸

Em decorrência do seu grande poder de persuasão, os comerciantes começaram a contratar essas novas celebridades para a divulgação de seus produtos e serviços, principalmente no crescente mercado digital.

Deste modo, se constata a prestação do serviço de anúncio publicitária⁹ pelo influenciador digital, sendo remunerado por aqueles que produzem e/ou comercializam o produto em serviço veiculado. Conforme explicitado alhures, prescindível que haja uma remuneração direta do consumidor ao fornecedor para que este assim se qualifique.

Ainda, embora não seja o responsável pela manufatura ou comercialização do bem de consumo ofertado, o influenciador digital se revela como figura integrante da cadeia de fornecimento, levando em consideração seu papel de interligar seus seguidores, isto é, os consumidores, aos demais fornecedores. Neste senda, se destaca a figura do fornecedor por equiparação.

Conceito desenvolvido por Leonardo Bessa, o fornecedor por equiparação é aquele que, embora não possua atue diretamente com o bem ofertado, assume “[...] uma posição de

⁸ GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. *Revista Jurídica Cesumar*. Disponível em <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6493/3396>>. Acesso em: 09 set. 2021.

⁹ Dispõe o artigo 18, “a”, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: “[...] A palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante [...]” BRASIL. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 09 set. 2021



auxílio ao lado do fornecedor de produtos ou prestador de serviços [...]”.¹⁰

Seguindo o raciocínio acima destacado, se possibilita o enquadramento do influenciador digital na cadeia de fornecimento dos produtos e serviços que anuncia, levando em consideração que sua atividade se baseia em atrair novos consumidores para aqueles que contratam seus serviços.

Destarte, restando evidente sua posição de auxiliar na relação, se assevera a incidência do Código de Defesa do Consumidor às relações que firma junto aos seguidores que adquirem os bens publicizados em seu perfil.

2. NATUREZA OBJETIVA OU SUBJETIVA DA RESPONSABILIDADE PELOS VÍCIOS DO PRODUTO

Assentada a classificação dos influenciadores digitais como fornecedores sob a ótica do Código do Consumidor, resta analisar sua responsabilização em face de eventuais vícios presentes nos produtos que anunciam.

Como vício, nos termos do destacado diploma legislativo¹¹, se compreende a falha no dever de adequação, não apresentando o produto a qualidade necessária para atingir os fins que são dele legitimamente esperados. Dentro desse contexto, é possível se observar 3 tipos de vícios: os que tornam o produto impróprio ao consumo; os que lhe diminuem o valor e; os decorrentes de disparidades apresentadas entre a oferta e o produto efetivamente adquirido.¹²

Por sua vez, a responsabilidade civil de consumo em razão destes vícios difere substancialmente da teoria da culpa, adotada como regra pela codificação privada. Não obstante também exigir a presença de uma conduta, um dano e uma relação de causalidade entre ambos, o Código de Defesa do Consumidor inovou ao dispensar a presença da culpa dos fornecedores, responsabilizando-os objetivamente.

O fundamento dessa opção legislativa reside nas transformações sociais e econômicas das relações interpessoais ocasionadas pela evolução da sociedade. Não mais suficiente se revelava a adoção de um individualismo liberal absoluto, sendo necessária uma nova visão sobre a responsabilidade de determinados agentes. Neste sentido, bem observa Bruno Miragem:

¹⁰ TARTUCE, op. cit., p. 81.

¹¹ Artigo 18, Lei nº 8.078/90: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.” BRASIL, op. cit., nota 2.

¹² BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 230.

[...] Esta tendência obedece a exigências de maior utilidade e, mesmo, justiça, no que modernamente muitos têm denominado *direito dos danos*. *Utilidade*, na medida em que permite que se contemplem situações nas quais a prova do dano ou da conduta determinante imputada ao ofensor, são de difícil realização, ou mesmo impossível de serem produzidas em certas situações. *Justiça*, em face do estabelecimento de uma nova distribuição dos ônus decorrentes dos riscos sociais da sociedade massas, pela admissão da imputação objetiva de responsabilidade àqueles que imediatamente auferem benefícios econômicos da atividade produtora de riscos.¹³

Deste modo, valendo-se da teoria do risco-proveito, o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilização objetiva daqueles que angariam vantagens econômicas mediante a inserção no mercado de atividades que gerem algum risco. Entretanto, ressalta-se que embora o fundamento para tal opção legislativa seja este, não é necessária a comprovação, no caso concreto, do efetivo exercício de uma atividade de risco, uma vez que o CDC consagrou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva

Esta responsabilidade objetiva estende-se por toda cadeia de fornecimento do produto ou serviço viciado, estabelecendo entre o fabricante, o comerciante e qualquer outro intermediário que tenha participado da inserção do bem no mercado de consumo uma solidariedade. Neste ponto, conforme expresso alhures, se destaca o fato de os influenciadores digitais integrarem a cadeia na condição de intermediários.

Entretanto, no tocante à responsabilização dos influenciadores, é necessária a a diferenciação de duas situações distintas.

A primeira se consubstancia nas hipóteses em que, para além de divulgarem o produto comercializado, os influenciadores também recebem algum percentual da venda dos bens anunciados, o que ocorre, geralmente, mediante o oferecimento de cupons vinculados à figura do influenciador. Em tais situações, há uma verdadeira venda comissionada por parte destas figuras digitais.

Destarte, atuam como verdadeiros comerciantes do bem, ainda que não sejam responsáveis pela entrega ou manufatura do produto, não se limitando a meros anunciantes, devendo incidir diretamente a responsabilização objetiva prevista pelo já mencionado artigo 18 da Lei nº 8.078/90. Isto é, o consumidor poderá optar em dirigir sua pretensão de substituição do produto, devolução do valor pago ou abatimento proporcional em face dos próprios influenciadores nestas situações, dispensando-se a comprovação de culpa *lato sensu*.

Contudo, situação distinta ocorre quando o influenciador se atém a anunciar o produto, a ele vinculando sua imagem, caracterizando-se como verdadeiro “garoto publicidade”. Sobre

¹³ MIRAGEM, op. cit., p.600.

tal situação, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em sede de Recurso Especial¹⁴ acerca da impossibilidade de responsabilização do indivíduo responsável pelo anúncio, assim como do veículo utilizado para a transmissão da publicidade. Tal posicionamento, *a priori*, pode ser estendido aos influenciadores digitais.

Este entendimento baseia-se na leitura dos artigos 30¹⁵ e 35¹⁶ do Código de Defesa do Consumidor, os quais estabelecem como regra que apenas o anunciante fica vinculado à oferta que fez promover. Entretanto, essa restrição encontra resistência na doutrina. Neste sentido, afirma Antonio Herman V. Benjamin:

Ora, tal limitação da legitimação passiva do princípio traz, como consequência, a impossibilidade de o consumidor acionar, exceto em circunstâncias especiais, a agência e o veículo. Vale dizer, caso ao fornecedor fosse dado o direito de eximir sua responsabilidade a pretexto de que o equívoco no anúncio foi causado pela agência ou pelo veículo, o consumidor, não podendo acionar nenhum dos sujeitos envolvidos com o fenômeno publicitário, ficaria sem recurso jurídico disponível, ou seja, haveria de arcar sozinho com o seu prejuízo.¹⁷

Realizar uma interpretação literal dos dispositivos destacados levaria à uma conclusão diametralmente oposta ao sistema estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, atentando contra sua finalidade protetiva, contra a teoria da aparência e a própria boa-fé objetiva. Ademais, em atenção à teoria do risco-proveito, basilar da responsabilidade objetiva prevista pelo CDC, há de se observar que os anunciantes extraem de sua atividade vantagens econômicas, devendo assim arcar com eventuais prejuízos sofridos por terceiros.¹⁸

Deste modo, não obstante o posicionamento do Tribunal da Cidadania, mais adequado a tutela consumerista pátria é reconhecer a responsabilidade objetiva dos responsáveis pela publicidade, aqui incluindo-se os influenciadores digitais, em ambas as situações descritas.

Por fim, cabe realizar algumas considerações sobre o influenciador digital e a figura do profissional liberal.

Em sentido contrário à regra de responsabilização objetiva dos fornecedores, o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê que, em se tratando dos profissionais liberais

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1157228*. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1030114&num_registro=200901884608&data=20110427&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2022.

¹⁵ Artigo 30, Lei nº 8.078/90: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁶ Ibid. Artigo 35: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha [...]”.

¹⁷ BENJAMIN, op. cit., p. 298.

¹⁸ TARTUCE, op. cit., p.337.

prestadores de serviços, a imputação da responsabilidade civil dependerá da demonstração de culpa.¹⁹

Como profissional liberal, entende-se como a prestador de serviços que reúne as seguintes características: “a) autonomia profissional, sem subordinação; b) prestação pessoal dos serviços; c) elaboração de regras pessoais de atendimento; d) atuação lícita e eticamente admitida [...]”.²⁰

Pela análise dos requisitos acima, se percebe que o influenciador digital os preenche em sua integralidade. Entretanto, há de se observar que a regra excepcional prevista pela legislação consumerista apenas se dirige às hipóteses de contratação direta com o profissional liberal. Deste modo, a incidência desta exceção apenas seria cabível, em tese, nos contratos firmados entre os anunciantes e os influenciadores, os quais pessoalmente prestam o serviço de divulgação.

Contudo, em se tratando da relação entre o consumidor do produto anunciado e o influenciador, como já exaustivamente exposto, se constata que este integra a cadeia de fornecimento, razão pela qual deverá responder objetivamente, não se enquadrando na exceção acima aposta.

3. RESPONSABILIDADE PELA PUBLICIDADE

Além da responsabilidade pelos produtos e serviços anunciados, como integrantes da cadeia de fornecimento, objeto de análise também deve ser a responsabilização dos influenciadores digitais pela sua própria atividade profissional, isto é, a publicidade.

Como publicidade, deve ser entendida a oferta cuja finalidade é incentivar o público a adquirir determinado produto ou serviço inserido no mercado de consumo. Reúne as características de possuir fins comerciais, ser remunerado diretamente e sempre possuir um patrocinador.²¹ Difere-se assim da propaganda, a qual possui como objetivo a divulgação de informações com conteúdo político-ideológico.

Cabe também destacar o conceito apresentado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, editado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), o qual define o anúncio como “[...] qualquer espécie de publicidade,

¹⁹ Artigo 14, § 4º: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁰ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 230- 231.

²¹ TARTUCE, op. cit., p. 325.

seja qual for o meio que a veicule. (...) A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante.”²²

Necessário um breve aprofundamento dos conceitos supracitados e, concomitantemente, a realização de um paralelo com a atividade exercida pelos influenciadores digitais. Estes, utilizando das redes sociais como veículo, divulgam em seus perfis produtos e serviços fornecidos por terceiros, os quais financiam a publicidade com o intuito de se valerem do grande poder de persuasão destas celebridades virtuais.

Por sua vez, os seguidores deste influenciador digital acabam por se caracterizar como os destinatários finais da publicidade veiculada, tendo em vista serem os receptores das postagens de cunho comercial. Deste modo, os influenciadores devem ser qualificados como veículos de comunicação, atraindo a incidência da Lei nº 8.078/1990 e do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

No âmbito do direito consumerista, a publicidade torna-se relevante em três principais situações, conforme explicita Bruno Miragem:

[...] A primeira, quando se apresenta como veículo, como forma, de uma oferta de consumo, hipótese em que produz efeito de vinculação do fornecedor que a promova, na condição de negócio jurídico unilateral. A segunda quando viola deveres estabelecidos pelo CDC, caracterizando-se como uma das duas figuras típicas de publicidade ilícita, previstas na norma do artigo 37 deste diploma, como publicidade enganosa ou publicidade abusiva. E a terceira, quando se apresente como espécie de contrato social de consumo, na qual embora não encerrando os requisitos de um negócio jurídico unilateral de oferta, divulga informação capaz de gerar nos consumidores em geral, ou em algum individualmente, expectativas legítimas [...]”²³

Eventuais consequências a serem sofridas pelos influenciadores digitais, no âmbito consumerista, se enquadram na segunda hipótese acima destacada, uma vez que a atividade por eles exercida se concentra na divulgação publicitária.

Prática corriqueira entre os influenciadores consiste em, entre fotos e vídeos de sua rotina, embutir a promoção de produtos sob o pretexto de os utilizarem em seu cotidiano. Devido a identificação e os laços criados com seus seguidores, estes acabam por consumir os bens com a crença de que estão seguindo o comportamento dos *influencers*, quando, na verdade, se trata de mera publicidade. A lógica desta tática decorre da ideia de que um consumidor possui um poder de persuasão sobre outro muito maior do que qualquer pessoa que se apresente como publicitário.

Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor impõe limites às ações que visam

²² BRASIL, op. cit., nota 9.

²³ MIRAGEM, op. cit., p. 277.

comunicar a oferta, positivando como um direito básico do consumidor a proteção contra métodos comerciais desleais²⁴.

O artigo 36 da Lei nº 8.078/1990 determina que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”²⁵. Diante desta norma, há o reconhecimento pela doutrina da existência do princípio da identificação publicitária, o qual veda a utilização da publicidade clandestina, isto é, aquela que pretende ocultar a sua natureza de oferta comercial. O fundamento para esta disposição se baseia na boa-fé objetiva e seus deveres anexos de transparência e lealdade entre as partes.²⁶

No mesmo sentido, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária prevê que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.”²⁷

Destarte, é obrigação do influenciador, ao realizar qualquer postagem com fins publicitários, identificar que aquela publicação possui um viés comercial, que é uma publicidade patrocinada por um terceiro, e não uma mera dica ou divulgação de um produto de maneira espontânea. Neste sentido, a rede social *Instagram* criou uma ferramenta em seu sistema que permite que, ao realizar a postagem de fotos ou vídeos, o criador do conteúdo destaque que se trata de uma publicidade, através da inserção do termo “parceria remunerada”. Além disto, há instrução do CONAR no sentido de haver o destaque da postagem publicitárias das demais.²⁸

Ademais, a identificação da publicidade deve ser feita de maneira que possibilite a compreensão pelo consumidor, não bastando uma menção oculta à natureza de publicidade.

Entretanto, não obstante as disposições legislativas e as orientações do CONAR, parte considerável dos influenciadores optam por inserir ao final de suas publicações *hashtags* com os termos “publi” e “*publipost*”, as quais acabam sendo ignoradas por seus seguidores, tendo em vista se confundirem com as demais postagens cotidianas sem fins comerciais. Mediante tal prática, há a consumação do modelo vedado de publicidade ora analisado.

Para além da vedação da publicidade clandestina, outro consectário do dever de informação imposto aos veículos de comunicação, como o influenciador digital, é o princípio

²⁴ Dispõe o artigo 6º, IV, Lei nº 8.078/90: “[...] a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.” BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁵ Ibid.

²⁶ MIRAGEM, op. cit., p. 282.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁸ CONAR. *Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais*. Disponível em <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2022.

da veracidade, o qual impõe que mensagem transmitida acerca do produto seja verossimilhante, correspondendo aos reais atributos que os produtos e serviços anunciados contenham.²⁹ Embora se admita o caráter tendencioso da publicidade, este é limitado pelo direito à informação do consumidor, do qual não poderá ser omitida qualquer informação relevante sobre o objeto anunciado.³⁰

A violação deste princípio leva à caracterização da publicidade enganosa, modalidade também expressamente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 37, balizando-a em seu §1º.³¹

Deste modo, para além de identificar a natureza publicitária de sua postagem, também deverá o influenciador se atentar à fidedignidade das informações que propaga, sob pena de incidir na conduta descrita pelo dispositivo supracitado.

Por fim, uma última modalidade de publicidade vedada sobre a qual poderá incidir o *influencer* é a publicidade abusiva, a qual pode ser caracterizada como aquela que viola os padrões éticos, com o artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor apresentando um rol exemplificativo de tais situações³².

Nas hipóteses em que o influenciador veicula publicidade abusiva, as consequências jurídicas não apresentam maiores divergências, uma vez que é cediço o caráter nocivo da veiculação de informações discriminatórias, violentas ou que se aproveitem da vulnerabilidade dos consumidores, possuindo o condão de ensejar danos morais no caso concreto.

Ponto de maior relevância reside no tocante à publicidade enganosa e o princípio da vinculação, o qual obriga o fornecedor a cumprir a oferta nos termos em que foi veiculada, ainda que haja recusa por sua parte. O artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor prevê que o consumidor, diante de uma situação de dissonância entre o ofertado e o efetivamente entregue, poderá optar pelo cumprimento forçado da obrigação, pela rescisão do contrato ou pela aceitação de outro bem equivalente.

No âmbito deste dispositivo, há o questionamento se para além do anunciante, a pretensão acima também poderia ser dirigida em face do veículo que propagou o anúncio, isto

²⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do Consumidor*. 15. ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018, p. 118.

³⁰ MIRAGEM, op. cit., p. 285

³¹ Expressa a redação do artigo 37, §1º, Lei nº 8.078/90 no sentido de que “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”

³² Ibid. Dispõe o artigo 37, §2º, Lei nº 8.078/90: É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança

é, o próprio influenciador digital que divulga falsas informações ou as omite.

Embora existam divergências acerca do tema, mais adequada se revela a posição de Antonio Herman Benjamin:

E o veículo? Como regra, não é ele fornecedor, para fins desse artigo. No entanto, nomeadamente em situações de patente publicidade enganosa ou quando está a par da incapacidade do anunciante de cumprir o prometido, impossível deixar de reconhecer a responsabilidade civil do veículo, já não mais em bases contratuais, mas por violação ao dever de vigilância sobre os anúncios que veicula.³³

Por fim, ressalta-se que esta responsabilidade possuirá natureza objetiva, tendo dois fundamentos para tanto. O primeiro concentra-se na parte final do artigo 14 da Lei nº 8.078, o qual prevê que “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa (...) por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”³⁴. Perceptível que a ausência da clareza acerca das qualidades do serviço enseja a responsabilização objetiva do fornecedor, devendo se estender ao veículo de comunicação conforme assentado alhures.

O segundo fundamento dispensa da comprovação de culpa, por sua vez, decorre da frontal violação à boa-fé objetiva, situação que conforme o entendimento doutrinário ocasiona a lesão de princípios de ordem pública, o que deverá ensejar a responsabilização objetiva. Neste sentido, o enunciado nº 363 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal expressa: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.”³⁵

Diante de toda a exposição, em suma, se conclui que em face das publicidades que veiculem em seu perfil, para além da obrigatoriedade de identificação destas, também deverá o influenciador digital se atentar à veracidade das informações divulgadas, sob a pena de ser objetivamente responsabilizado em face do consumidor prejudicado.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, se buscou no presente artigo científico demonstrar a posição jurídica do influenciador digital nas relações de consumo firmadas que possuem como objeto produtos ou serviços por eles anunciados. Através de uma análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial se objetivou demonstrar qual posicionamento mais se adequa aos preceitos e fundamentos da legislação consumerista pátria.

³³ BENJAMIN, op. cit., p. 293

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁵ BRASIL. CJF. *Enunciado nº 363*, IV Jornada de Direito Civil. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/476>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

Em um primeiro momento, se constatou a natureza de fornecedor do influenciador digital, sendo considerado um dos integrantes da cadeia de fornecimento dos produtos e serviços anunciados. Para tanto, foi utilizada a teoria do fornecedor por equiparação, a qual engloba os agentes que embora não atuem diretamente com o bem ofertado, assumem uma posição auxiliar, aproximando os demais fornecedores dos consumidores. Neste diapasão, foi observado que o influenciador atua como verdadeiro parceiro dos anunciantes.

Assentada a posição de fornecer dos *influencers*, ainda que por equiparação, se passou à análise de sua responsabilização em decorrência de eventuais vícios e defeitos apresentados pelos produtos e serviços anunciados. Visou-se definir se há a necessidade de comprovação da culpa, uma vez que a regra geral do Código de Defesa do Consumidor dita a responsabilidade objetiva. Dentro deste contexto, duas situações distintas foram observadas.

A primeira traduz-se na hipótese de, para além de realizarem a publicidade, os influenciadores angariarem algum percentual da venda dos bens anunciados, como nos casos de utilização de cupons vinculados ao nome do *influencer*. Neste caso, embora não confeccionem ou entreguem o produto, atuam como uma espécie de comerciantes do bem, não se atendo à figura de mero meio de divulgação. Destarte, poderão ser responsabilizados objetivamente perante os consumidores que venham a ser lesados, na forma da legislação consumerista.

A segunda situação se configura quando o influenciador digital se limita a anunciar o produto. Em um primeiro momento, observando a posição do Superior Tribunal de Justiça nos casos envolvendo os “garotos publicidade”, haveria a impossibilidade de responsabilizar tanto o indivíduo responsável pelo anúncio como o veículo utilizado para a transmissão da publicidade.

Contudo, a respeitável posição da Corte supramencionada não aparenta estar em consonância com os ditames protetivos do Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, se destacou a posição do doutrinador Antônio Herman V. Benjamin, o qual entende pela possibilidade de demandar a reparação diretamente em face da agência e do veículo, uma vez que, caso o fornecedor-anunciante conseguisse se eximir de sua responsabilidade, o único prejudicado seria o consumidor.

Por fim, no último capítulo, foi analisada a responsabilidade do influenciador digital em razão do anúncio em si, como nas hipóteses de publicidade invisível e enganosa.

Acerca da primeira modalidade, se frisou a necessidade dos influenciadores identificarem de maneira clara e expressa quais postagens possuem um caráter publicitário, atentando-se às recomendações do CONAR, ao dever de informação e a boa-fé objetiva.

Tratando da publicidade enganosa, se assentou a obrigação dos *influencers* de apenas divulgarem características fidedignas dos produtos e serviços que anunciam, sob pena de caracterização da publicidade enganosa. Nesta hipótese, se demonstrou que o consumidor eventualmente lesado poderá dirigir sua pretensão em face do próprio influenciador que funcionou como veículo de comunicação, podendo deste diretamente exigir qualquer das alternativas apresentadas pelo artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor. Nesta hipótese, conforme restou demonstrado ao longo da exposição, a responsabilidade do influenciador será objetiva.

Conclui-se assim que, embora as celebridades virtuais atuem de maneira prioritariamente simples, valendo-se de meios de comunicação informais, suas atividades não fogem à incidência do Código de Defesa do Consumidor. Destarte, comportamentos comerciais por parte dos *influencers* que não se encontrem em conformidade com a legislação pátria poderão ensejar a responsabilização objetiva desta importante nova figura do mercado de consumo.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2021.

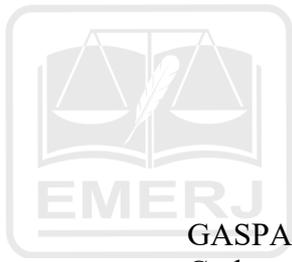
_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1157228*. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1030114&num_registro=200901884608&data=20110427&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2022.

_____. CJF. *Enunciado nº 363*, IV Jornada de Direito Civil. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/476>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

CONAR. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

_____. *Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais*. Disponível em <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf>. Acesso em 06 mar. 2022.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do Consumidor*. 15 ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018.



GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. *Revista Jurídica Cesumar* janeiro/abril 2019, v. 19, n. 1, p. 72. Disponível em <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6493/3396>> Acesso em: 09 set. 2021.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

A LEI Nº 14.064/20 E O CRIME DE MAUS-TRATOS A CÃES E GATOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Vítor Pereira Lelo Nascimento

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado.

Resumo – a Lei nº 14.064/20, popularmente conhecida como Lei Sansão, alterou o art. 32 da Lei nº 9.605/98 para criar uma forma qualificada do crime de maus-tratos contra os animais, quando praticado contra cães e gatos. Ainda que a inovação legislativa tenha sido celebrada por diversos segmentos da sociedade brasileira, inúmeras são as consequências trazidas pela nova lei, sendo imperioso o desenvolvimento de alguns apontamentos. A presente pesquisa visa a analisar essas implicações de maneira crítica, buscando sustentar a existência de violações ao princípio da proporcionalidade, a presença de uma forte carga de simbolismo penal na elaboração da norma, bem como a aparição de efeitos processuais deveras nocivos aos sujeitos ativos do novo crime. Em vista disso, parte-se do princípio da proporcionalidade, que deve guiar toda a sistemática penal, passando a coadunar esse preceito com as demais críticas formuladas pelos estudiosos do tema.

Palavras-chave – Direito Penal. Princípio da proporcionalidade. Lei nº 14.064/20.

Sumário – Introdução. 1. A alteração da pena cominada ao crime de maus-tratos quando se tratar de cães e gatos e a violação ao princípio da proporcionalidade. 2. A proteção exclusiva a cães e gatos: fruto de mera pressão social? 3. Efeitos processuais da Lei nº 14.064/20 e a aplicação de medidas despenalizadoras ao sujeito ativo do crime. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa as novas penas trazidas pela Lei nº 14.064/20 ao crime de maus-tratos contra animais, quando se tratar de cães e gatos, à luz do princípio da proporcionalidade. Desse modo, pretende-se analisar criticamente as transformações trazidas pela Lei nº 14.064/20 no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), questionando essa busca por uma maior tutela penal de alguns animais domésticos, bem como as consequências práticas da inovação legislativa.

A proteção dos animais é um dos temas mais controversos que permeiam a comunidade jurídica brasileira, havendo inúmeras discussões acerca da natureza jurídica dos animais no ordenamento jurídico pátrio, bem como acerca do grau de tutela penal que deve ser conferido a esses seres.

No que tange aos maus-tratos praticados contra animais, a comoção social atingiu o seu ápice com o caso emblemático protagonizado por Sansão, um cão da raça *pitbull*, de dois

anos, que foi amordaçado com arame e teve as duas patas traseiras decepadas, em Confins, município localizado na região metropolitana de Belo Horizonte.

A crueldade e a violência perpetradas contra o animal em julho de 2020 culminaram na publicação, em 29 de setembro de 2020, da chamada “Lei Sansão” (Lei nº 14.064/20). Ela acresce o §1º-A ao art. 32 da Lei nº 9.605/98, passando a cominar, para o crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cães e gatos, a pena de reclusão, de dois a cinco anos, além da multa e da proibição da guarda.

A presente pesquisa destaca que, ainda que seja legítima a busca por uma maior tutela aos animais, inclusive os domésticos, a Lei nº 14.064/20 trouxe modificações significativas e problemáticas para as penas do crime de maus-tratos quando praticado contra cães e gatos. Assim, exsurtem os seguintes questionamentos: As novas penas representam uma violação ao princípio da proporcionalidade? A proteção exclusiva a cães e gatos, em detrimento de outros animais, encontra amparo na sistemática penal ambiental? Ainda será possível a aplicação de medidas despenalizadoras ao sujeito ativo do crime?

A fim de elucidar essas questões, procura-se explicar brevemente como o princípio da proporcionalidade deve nortear a atuação do legislador no processo de cominação das penas, de modo que se possa reprimir as condutas reprováveis sem desprezar os parâmetros pertinentes. Ademais, pretende-se despertar uma reflexão acerca da diferenciação trazida pela referida lei em relação aos demais animais, bem como analisar a extensão das consequências que a alteração legislativa provoca na situação do acusado.

Tendo isso em vista, o primeiro capítulo pretende investigar se as novas penas cominadas ao crime de maus-tratos contra cães e gatos representam uma violação ao princípio da proporcionalidade, analisando se o legislador observou determinadas balizas no momento da cominação de penas.

Já no segundo capítulo, busca-se apontar as possíveis incongruências da proteção conferida exclusivamente a cães e gatos, em detrimento de outros animais, proporcionando uma reflexão acerca da referida inovação legislativa como fruto de mera pressão social.

Por fim, no terceiro capítulo, são abordadas as consequências penais e processuais penais trazidas pela nova lei, como a retirada do crime do âmbito dos Juizados Especiais, explorando-se a possibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras ao sujeito ativo do crime.

A pesquisa adota a metodologia de abordagem qualitativa, com objetivo exploratório e procedimento bibliográfico. Primeiramente, são consultadas as legislações pertinentes ao tema, bem como artigos acadêmicos e doutrinas sobre direito penal e direito ambiental. Uma

vez identificadas as premissas já existentes sobre o tema, passa-se a explorar as controvérsias que permeiam a temática escolhida e a dialogar com a bibliografia eleita.

1. A ALTERAÇÃO DAS PENAS COMINADAS AO CRIME DE MAUS-TRATOS QUANDO SE TRATAR DE CÃES E GATOS E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O advento da Lei nº 14.064/20, denominada popularmente de “Lei Sansão”, alterou significativamente as penas cominadas ao crime de maus-tratos quando praticados contra cães e gatos. Antes da promulgação da referida lei, a pena atribuída ao crime de maus-tratos praticado contra qualquer animal era de detenção, de três meses a um ano, e multa, de modo que a nova lei, ao acrescentar o §1º-A ao art. 32 da Lei nº 9.605/98¹, passou a atribuir a pena de reclusão, de dois a cinco anos, além de multa e proibição da guarda, quando se tratar de cães e gatos.

O notório recrudescimento da sanção penal imposta ao crime consiste em grande mote para se analisar a proporcionalidade das novas penas, mormente quando se leva em consideração que o Direito Penal, pelo seu elevado potencial intervencionista na liberdade dos indivíduos, deve ser a *ultima ratio* na resolução dos conflitos existentes dentro de uma sociedade.

O princípio da proporcionalidade se encontra entre os princípios fundamentais do Direito Penal, de modo que, conforme salienta Cezar Roberto Bitencourt², a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que fosse observada a relação de proporcionalidade entre a gravidade do delito praticado e a sanção a ser aplicada ao respectivo agente.

Nessa esteira, na busca de se conceituar o referido princípio, Artur de Brito Gueiros Souza³ aponta que o princípio da proporcionalidade tem por objetivo imediato uma justa correlação entre a gravidade da conduta praticada pelo agente e a sanção penal correspondente. Desse modo, assevera que a proporcionalidade deve ser obedecida tanto na elaboração, como na aplicação e na execução da lei penal.

¹BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

²BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 27. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2021, [e-book].

³SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

Tendo como base essas diferentes etapas nas quais o princípio da proporcionalidade deve ser respeitado, Cléber Masson⁴ destaca que “o princípio da proporcionalidade possui três destinatários: o legislador (proporcionalidade abstrata), o juiz da ação penal (proporcionalidade concreta), e os órgãos da execução penal (proporcionalidade executória).”

A análise da presente pesquisa se debruça sobre a proporcionalidade abstrata ou legislativa, na medida em que será explorada apenas a atividade legislativa que culminou na elaboração da Lei nº 14.064/20. Assim, é nessa fase de elaboração das normas que os representantes do Poder Legislativo devem eleger as penas mais apropriadas para cada infração penal, realizando uma seleção de cunho qualitativo, bem como estipular a escala de pena, efetuando uma seleção de cunho quantitativo. Conforme elucida Cezar Roberto Bitencourt⁵, modernamente, a aplicação desse princípio atinge o exercício imoderado de poder, inclusive aquele do próprio poder legislativo no ato de legislar.

Outrossim, é imprescindível que o legislador, durante o processo de cominação das penas aos delitos, leve em consideração as duas facetas do princípio da proporcionalidade, quais sejam, a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente ou insuficiente. Nas palavras de Paulo Queiroz⁶:

Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição de excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos.

Diante de uma série de episódios de crueldade animal, foi apresentado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 1095/19⁷, o qual destacava, em sua justificção, o fato de os animais não possuírem meios de se defender, sendo incapazes de procurar os seus direitos. Ademais, haja vista que, naquele contexto, o crime de maus-tratos a animais era considerado pela legislação vigente como crime de menor potencial ofensivo, com pena de detenção de três meses a um ano, pretendeu-se enrijecer as normas que punem essas condutas.

⁴MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 11. ed. V.1. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 56.

⁵BITENCOURT, op. cit.

⁶QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

⁷BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.095/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192978>> Acesso em: 5 out. 2021.



Conforme disciplina o art. 33, do Código Penal⁸, a pena de detenção tem seu início de cumprimento em regime semiaberto ou aberto, ao passo que a pena de reclusão deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto ou aberto. Além disso, o legislador procurou, ainda, retirar o crime do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, já que a pena máxima ultrapassa o limite de dois anos previstos no art. 61 da Lei nº 9.099/95⁹. Com isso, o crime deixa de ser considerado de menor potencial ofensivo, não sendo mais aplicáveis os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

A análise do supracitado projeto de lei revela a evidente tentativa do legislador de tratar com maior severidade a prática de um delito considerado grave pela sociedade, cujo bem jurídico era considerado carecedor da devida tutela penal. Todavia, ainda que a proteção pudesse ser considerada insuficiente na tutela da vida e da saúde dos animais não humanos, sendo a atuação legislativa considerada um avanço, fato é que as novas penas trazidas pelo legislador não emergiram no ordenamento jurídico isentas de questionamentos.

Comparando as novas penas trazidas pelo §1º-A do art. 32 da Lei nº 9.605/98¹⁰ com outros tipos penais presentes na legislação penal brasileira, é notória a ausência de harmonia entre os tipos penais. Enquanto o crime de maus-tratos contra cães e gatos possui penas cumulativas de reclusão, de dois a cinco anos, multa e proibição da guarda, o crime de lesão corporal, previsto no art. 129 do Código Penal¹¹ prevê unicamente a pena de detenção, de três meses a um ano. Assim, a ofensa à integridade corporal ou à saúde de alguém é punida com penas mais brandas do que as mesmas condutas perpetradas contra cães e gatos.

Uma comparação com o crime de maus-tratos a pessoas, previsto no art. 136 do Código Penal¹², demonstra mais uma vez o desequilíbrio nas penas cominadas pelo legislador. No caso do crime de maus-tratos a pessoas, consistente na conduta de expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, as penas são de detenção, de dois meses a um ano, ou multa, sendo que, se do fato resulta lesão corporal de natureza grave, a pena passa a ser de reclusão de um a quatro anos. Destarte, mesmo nos casos em que o crime resulta em lesão corporal de natureza grave, a escala penal é menor do que àquela aplicável na tutela de cães e gatos.

⁸BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

⁹BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 8.

¹²Ibid.

Utilizando-se da mesma metodologia comparativa, demonstram Ferreira e Ribeiro¹³:

Estabelecendo um comparativo perfunctório entre tipos penais com a mesma pena imposta para o crime de maus-tratos, tem-se o crime de corrupção de menores, previsto no art. 218, do Código Penal. A pena é superior, inclusive, ao crime de maus-tratos contra a pessoa, previsto no art. 136 do Código Penal. A alteração legislativa abre espaço para defesa de teses de recrudescimento das penas dos crimes previstos no Código Penal [...]

Os autores abrem espaço para uma outra reflexão, ligada às consequências que uma alteração legislativa dessa natureza pode trazer para todo o ordenamento jurídico. Com a notória dissonância entre as penas atribuídas aos tipos penais supracitados, é provável que surjam teses no sentido de agravar as penas de todos os delitos, numa tentativa de conferir maior harmonia ao sistema penal.

Nesse contexto, deve-se ter muito cuidado, já que, conforme elucida Cléber Masson¹⁴, “a criação de tipos penais incriminadores deve constituir-se em atividade vantajosa para os membros da sociedade, eis que impõe um ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta”. Assim, os questionamentos acerca da proporcionalidade das novas penas cominadas ao delito de maus-tratos contra cães e gatos não buscam infirmar a legítima vontade do legislador, mas sim esmiuçar a adequação da providência legislativa, traçando uma espécie de relação de custo-benefício para o cidadão e para o ordenamento jurídico.

2. A PROTEÇÃO EXCLUSIVA A CÃES E GATOS: FRUTO DE MERA PRESSÃO SOCIAL?

A CRFB/88¹⁵ determina, no *caput* de seu artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consistindo este em um bem de uso comum do povo. Estabelece, ainda, que o Poder Público e a coletividade possuem o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Mais adiante, o §1º do mesmo artigo fixa algumas medidas para assegurar a efetividade desse direito, atribuindo ao Poder Público, em seu inciso VII, o dever de proteger a fauna e a flora, proibindo todas as práticas que coloquem

¹³FERREIRA, Maria Luísa Brasil Gonçalves; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Do crime de maus-tratos contra os animais e o direito penal simbólico: análise do simbolismo penal na criação da Lei nº 14.064/20. *Conpedi Law Review*. Florianópolis, v.7, nº 1, p. 21-37, jan./jun. 2021.

¹⁴MASSON, op. cit., p. 55.

¹⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

em risco a função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

De acordo com Milaré¹⁶, a fauna consiste no conjunto de animais próprios de um país ou região, podendo se subdividir em doméstica, domesticada e silvestre. Do cotejo entre o dispositivo constitucional supracitado e o conceito de fauna, extrai-se que a CRFB/88 não faz qualquer distinção entre os animais, proibindo, de maneira geral, as práticas que submetam todo e qualquer animal a crueldade.

Destaca-se que o art. 32 da Lei nº 9.605/98¹⁷, em sua redação original, também cominava a mesma pena, de detenção de três meses a um ano, para quem praticasse ato de abuso, maus-tratos, ferisse ou mutilasse animais silvestres, domésticos, domesticados, nativos ou exóticos. Contudo, com a promulgação da Lei nº 14.064/20, foi estabelecida uma qualificadora para os casos em que fossem vítimas tão somente cães e gatos, mantendo-se a previsão do *caput* para os demais animais.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado¹⁸ destaca que o art. 225 da CRFB/88 busca tutelar todos os animais irracionais, independente da função ecológica desempenhada, de sua nacionalidade ou do grau em que se encontra seu risco de extinção. Pancheri e Campos¹⁹ asseguram, ainda, que a capacidade de sofrer dos animais justificaria sua defesa penal, ou seja, a capacidade de sentir, de forma consciente, reconhecida a inúmeros animais não humanos, é o que fundamenta a criminalização dos maus-tratos a animais.

Tendo isso em vista, é evidente que a inovação trazida pela Lei Sansão acaba por violar o espírito da CRFB/88 e da própria Lei nº 9605/98, uma vez que cria uma espécie de hierarquia entre os animais, inserindo os cães e os gatos em um patamar mais elevado de tutela penal. Cumpre destacar, ainda, que embora os cães e os gatos estejam mais presentes nos lares brasileiros, muitos outros animais, domésticos ou não, também são alvo das práticas cruéis diariamente e foram excluídos dessa proteção mais elevada criada pelo legislador.

Somado a isso, deve-se salientar que a redação original do Projeto de Lei nº 1095/19²⁰, que deu origem à Lei nº 14.064/20, não alterava o objeto material do crime de maus-tratos

¹⁶MILARÉ apud FERREIRA, Maria Luísa Brasil Gonçalves; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Do crime de maus-tratos contra os animais e o direito penal simbólico: análise do simbolismo penal na criação da Lei nº 14.064/20. *Conpedi Law Review*. Florianópolis, v.7, nº 1, p. 21-37, jan./jun. 2021.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal do ambiente: crimes ambientais (Lei 9605/1998)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

¹⁹PANCHERI, Ivanira; CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. Comentários à Lei Sansão: crime de maus-tratos contra cães e gatos sob a Lei nº 14.064/20. *Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 11, nº 22, p. 61-74, jan./jun. 2021.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 7.

contra animais, ou seja, mantinha o rol de animais sobre os quais poderiam recair as condutas delituosas, aumentando tão somente o grau da tutela penal conferida a todos eles no preceito secundário da norma penal. Nessa redação, proposta inicialmente pelo deputado federal Fred Costa, havia a alteração da pena de detenção, de três meses a um ano, para a pena de reclusão, de um a quatro anos, bem como o estabelecimento de uma série de sanções para os estabelecimentos comerciais e rurais que concorressem para a prática do crime.

Conforme elucidam Ferreira e Ribeiro²¹, o projeto de lei tramitou na Câmara dos Deputados, com a criação de uma Comissão Especial e a realização de audiências públicas com representantes de ONGs pelos direitos dos animais, ativistas e deputados, chegando-se a um consenso acerca da necessidade de maior rigor na punição ao crime de maus-tratos contra animais, o qual não poderia ser classificado como crime de menor potencial ofensivo.

Todavia, embora o parecer do relator, o deputado Celso Sabino, fizesse referência contínua aos animais como um todo, sem distinção entre as espécies, o substitutivo apresentado restringiu o aumento de pena, sem justificativa expressa, para os crimes cometidos contra cães e gatos, além de retirar o conjunto de sanções que poderiam ser impostas para as pessoas jurídicas. Assim, o projeto foi aprovado com as alterações presentes no substitutivo e remetido ao Senado Federal, que o aprovou sem alterações, sendo a lei sancionada posteriormente.

Tendo em vista o conjunto de episódios, já citados, de crueldade contra os animais, bem como sua repercussão social, revelam-se salutaros os questionamentos acerca da influência da pressão social na elaboração da norma penal em comento. Segundo Ferreira e Ribeiro²², “a criação de leis penais para atender aos anseios sociais, sem legitimação instrumental da função punitiva, conduz à criação de leis carregadas de simbolismo penal, o que pode ser um risco ao Estado Democrático de Direito [...]”.

Dessa forma, como bem salientam os autores, não se nega que os diferentes contextos sociais influenciam na elaboração das normas penais e na escolha dos bens jurídicos a serem prestigiados, entretanto, o uso do Direito Penal unicamente como instrumento de atendimento às expectativas sociais e à opinião pública pode comprometer a sua função precípua dentro do Estado Democrático de Direito.

O referido simbolismo penal se encontra intimamente ligado ao crescente interesse da população brasileira pelos temas afetos à política criminal e à segurança pública, servindo como

²¹FERREIRA; RIBEIRO, op. cit., p. 29.

²²Ibid., p. 30.

um meio de fornecer uma resposta, ainda que simplista, às angústias que permeiam a pacificação dos conflitos sociais. Nas palavras de Anjos²³:

[...] fim simbólico seria aquele pelo qual não se objetiva, através do instrumental punitivo do Estado, a resolução efetiva de conflitos de interesses sociais ou a tutela real de bens considerados relevantes para a sociedade. Como o Direito Brasileiro sustenta que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, qualquer efeito simbólico da pena é considerado ilegítimo.

Nesse sentido, nota-se que o simbolismo penal é marcado pela criminalização de condutas com o intuito de produzir a sensação ilusória de um poder legislativo proativo, o qual edita normas em resposta ao clamor popular e se afasta das funções preventiva e retributiva da pena. Consoante alertado por Toledo e Assis²⁴, essa faceta do Direito Penal Simbólico se orienta por um caminho frontalmente oposto às garantias estabelecidas nos princípios fundamentais da tutela penal, bem como confronta a verdadeira legitimidade do Direito Penal, revelando-se um instrumento simplista na resolução de um problema tão complexo que é a criminalidade.

Destarte, a qualificadora do §1º-A do art. 32, da Lei nº 9605/98²⁵, ao privilegiar a proteção para cães e gatos sem qualquer justificativa expressa, suscita dúvidas a respeito da real intenção do legislador e revela significativos traços de simbolismo penal, o qual é ratificado pelo processo legislativo que culminou na promulgação da Lei Sansão.

Cumprido ressaltar, mais uma vez, que não se defende que a tutela penal da fauna seja desnecessária, sendo, inclusive, oriunda de previsão constante na própria CRFB/88, a qual deve ser rigorosamente respeitada pelo legislador ordinário ao promover sua regulamentação. Todavia, ainda que exista expresse mandamento constitucional no sentido da criminalização das condutas que atentem contra a fauna, nota-se a preponderância de uma visão antropocêntrica na produção da legislação ambiental, na qual se prioriza a edição de dispositivos que atendam as reivindicações de uma parcela da população, relegando os animais em sua totalidade.

²³ANJOS apud TOLEDO, Kelvia de Oliveira; ASSIS, Cláudio Abel Franco de. O simbolismo penal e a deslegitimação do poder punitivo na sociedade de risco: consequências e imprecisões. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Minas Gerais, v. 1, nº 2, p. 238-266, jul./dez. 2015.

²⁴Ibid., p. 240.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

3. EFEITOS PROCESSUAIS DA LEI Nº 14.064/20 E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS AO SUJEITO ATIVO DO CRIME

Consoante expressamente indicado na justificção do Projeto de Lei nº 1095/19²⁶, bem como nos debates que acompanharam o processo de aprovaço da Lei Sansão, uma das precípua intenções do legislador, ao modificar as penas do delito previsto no art. 32, da Lei nº 9.605/98, era retirá-lo do âmbito dos Juizados Especiais Criminais²⁷. Assim, ao aumentar as penas para o referido crime, quando praticado contra cães e gatos, o legislador altera a sistemática processual que orienta a persecução penal, provocando, conseqüentemente, profunda modificação no tratamento conferido ao sujeito ativo do delito.

As chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo encontram-se definidas no art. 61, da Lei nº 9.099/95²⁸, consistindo nos crimes e nas contravenções penais cujas penas máximas não ultrapassam dois anos. Cabe destacar que, na tramitação desses delitos nos Juizados Especiais Criminais, prevalecem os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, bem como a tentativa, sempre que possível, da reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, conforme redação do art. 62, da Lei nº 9.099/95²⁹.

Nesse sentido, Pancheri e Campos³⁰ destacam que o crime de maus-tratos contra os animais, na forma prevista no *caput* do art. 32, da Lei nº 9.605/98³¹, não ostenta grandeza no bojo do ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado infração de menor potencial ofensivo a que se aplicam as chamadas medidas diversas da prisão do autor. Logo, somente quando praticado contra cães e gatos é que o delito deixa de ostentar essa natureza, tornando-se impossível a aplicação dos institutos despenalizantes, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

A transação penal consiste na proposta feita pelo Ministério Público ao suposto autor do fato para o cumprimento imediato de pena restritiva de direito ou multa em troca da não submissão a uma ação penal. Desse modo, sendo o crime de menor potencial ofensivo e

²⁶BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁷Segundo o art. 60, da Lei nº 9.099/95, os Juizados Especiais Criminais têm competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁸Ibid.

²⁹Ibid.

³⁰PANCHERI, Ivanira; CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. Lei Sansão. Apontamentos sobre a Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. *Revista de Direito da Unigranrio*, Rio de Janeiro, v.11, nº 1, p. 01-32, mai. 2021.

³¹BRASIL, op. cit., nota 1.

preenchidos outros requisitos³², o Ministério Público elabora uma proposta que, se aceita pelo autor da infração e homologada pelo juiz, levará à aplicação das penas supracitadas, sem importar em reincidência. Ademais, segundo o art. 76, §6º, da Lei nº 9.099/95³³, a imposição dessas sanções não constará de certidão de antecedentes criminais e não terá efeitos civis.

Já a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89, da Lei nº 9.099/95³⁴, seria uma proposta feita pelo Ministério Público ao denunciado para suspender o andamento do processo por um período de dois a quatro anos, enquanto ele cumpre condições. Findo o prazo e cumpridas as condições, será declarada a extinção da punibilidade do agente. O art. 28, da Lei nº 9.605/98³⁵ complementa o supracitado dispositivo, trazendo algumas peculiaridades para a aplicação do instituto aos crimes ambientais.

Outra diferença gerada pelo caráter de infração penal de menor potencial ofensivo se encontra na fase pré-processual da persecução penal. Enquanto os crimes de médio e alto potencial ofensivo são, em regra, submetidos ao procedimento administrativo do inquérito policial, as infrações de menor potencial ofensivo são marcadas pela sua ausência, dando espaço para o chamado termo circunstanciado. Nessa esteira, conforme explicitam Pancheri e Campos³⁶, aos delitos de menor potencial ofensivo não se imporá prisão em flagrante delito ou arbitramento de fiança ao autor do fato, salvo se houver recusa ao seu comparecimento perante o Juizado Especial Criminal. Desse modo, nesse procedimento, uma vez elaborado o termo circunstanciado, as partes são encaminhadas ao juizado para a realização da audiência preliminar, ocasião em que será realizada a proposta de transação penal e, se não concretizada, será oferecida a denúncia oral.

Já no caso de incidência da figura qualificada prevista no art. 32, §1º-A, da Lei nº 9.605/98³⁷, a nova escala penal, de dois a cinco anos de reclusão, exige que, em caso de flagrante delito, seja lavrado o auto de prisão em flagrante, sendo instaurado o inquérito policial. Ato contínuo, no prazo máximo de vinte e quatro horas, o agente será submetido a uma audiência de custódia, oportunidade na qual o juízo poderá até efetuar a conversão da prisão

³²Os requisitos mencionados estão listados no art. 76, §2º, Lei nº 9.099/95. Vale destacar, ainda, que o art. 27, da Lei nº 9.605/98 exige a prévia composição do dano ambiental para que haja a proposta de transação penal, salvo em caso de comprovada impossibilidade. BRASIL, op. cit., nota 9. BRASIL, op. cit., nota 1.

³³BRASIL, op. cit., nota 9.

³⁴Ibid.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁶PANCHERI; CAMPOS, op. cit., p.9.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 1.



em flagrante em prisão preventiva, conforme disciplina o art. 310, do Código de Processo Penal³⁸.

No que tange à conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, prevista no art. 44, do Código Penal³⁹, esta ainda se mostra possível, em tese, desde que a pena aplicada no caso concreto não seja superior a quatro anos e sejam preenchidos os demais requisitos previstos no dispositivo legal. Já a suspensão condicional da pena, positivada no art. 77, do Código Penal⁴⁰, somente poderá ser aplicada em caso de impossibilidade da aplicação da pena restritiva de direitos e desde que a condenação a pena privativa de liberdade não ultrapasse três anos, conforme a previsão expressa do art. 16, da Lei nº 9.605/98⁴¹. Contudo, ainda que teoricamente aplicáveis, nota-se que tais institutos encontram maiores óbices com o advento da Lei Sansão, uma vez que o novo intervalo estabelecido no preceito secundário da norma penal reflete consideravelmente na pena final aplicada em concreto na sentença judicial.

Em relação ao acordo de não persecução penal⁴², figura inserida no art. 28-A, do Código de Processo Penal por meio da Lei nº 13.964/19, Pancheri e Campos⁴³ entendem pela sua impossibilidade de incidência no caso dos maus-tratos praticados contra cães e gatos. Isso porque a alternativa à instauração do processo exige, além de pena mínima inferior a quatro anos, a prática de crime sem violência ou grave ameaça, o que, na visão dos autores, seria inconcebível na hipótese em comento.

Por conseguinte, a partir de uma análise comparativa, é evidente a existência de significativas diferenças no tratamento conferido ao sujeito ativo do crime a depender da natureza da infração penal praticada. Outrossim, mostra-se perturbadora a constatação de que esse tratamento varia conforme a espécie de animal sobre a qual recai a conduta delituosa, revelando-se amplamente mais rigoroso ao agente que praticar as condutas descritas no tipo penal contra cães e gatos, do que contra qualquer outro animal não humano.

Ademais, diante de uma busca cada vez maior pela promoção da justiça consensual no direito processual penal brasileiro, a retirada do crime do âmbito dos Juizados Especiais Criminais vai de encontro aos novos paradigmas de resolução dos conflitos sociais na sociedade

³⁸BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 8.

⁴⁰Ibid.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴²O acordo de não persecução penal consiste em proposta elaborada pelo Ministério Público ao investigado que confessa formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, mediante a imposição de condições que, se cumpridas, ensejarão a extinção da punibilidade do agente. BRASIL, op. cit., nota 38.

⁴³PANCHERI; CAMPOS, op. cit., p 25.

contemporânea. Nesse sentido, ao dissertar sobre as medidas despenalizadoras, Juarez Cirino dos Santos⁴⁴ ressalta:

[...] constituem estratégias de política criminal formuladas com o objetivo de evitar ou reduzir os efeitos negativos do processo de criminalização ou de execução penal, mediante substituição de mecanismos formais por mecanismos informais de controle social de fatos puníveis de leve ou média gravidade, realizados por autores considerados não perigosos, sob o fundamento de que a intervenção judicial produz maior dano do que utilidade.

Destarte, levando em consideração os benefícios trazidos pela justiça consensual, bem como o dever do sistema penal de tutelar o meio ambiente como um todo, nota-se que as novas penas trazidas pela Lei Sansão impactam de forma desigual e desproporcional a persecução penal dos agentes que praticam o crime de maus-tratos contra cães e gatos. Ademais, de maneira contraditória, permanece inalterado o tratamento anterior, amplamente criticado ao longo dos debates que permearam a aprovação da Lei Sansão, quando as condutas delituosas atingem os demais animais.

CONCLUSÃO

Diante dos elementos explicitados, a realização da presente pesquisa teve por escopo principal a demonstração das alterações que a Lei Sansão promoveu ao criar uma qualificadora para o crime de maus-tratos previsto no art. 32, da Lei nº 9.605/98, analisando criticamente os desdobramentos da inovação legislativa à luz do princípio da proporcionalidade. Buscou-se, ainda, destacar a influência da opinião pública na formação da vontade do legislador, bem como as repercussões das novas penas cominadas ao crime para a sistemática punitiva dos seus sujeitos ativos.

Partindo do pressuposto de que o Direito Penal deve ser compreendido como a *ultima ratio*, em decorrência de seu elevado potencial intervencionista na liberdade dos indivíduos, demonstrou-se que o princípio da proporcionalidade exerce função primordial na administração do poder punitivo do Estado. Desse modo, é imperioso que haja uma justa correlação entre a gravidade da conduta perpetrada pelo agente e a respectiva punição sofrida, o que deve ser

⁴⁴SANTOS apud GÂNDARA, Luma Gomes; SCIARINI, João Carlos Fazano. Ensaio sobre a conciliação no processo penal prevista na lei dos juizados especiais criminais (Lei nº 9099/95). *Revista de formas consensuais de solução de conflitos*, Salvador, v. 4, p.55-69, jan./jun. 2018.



observado em diversas etapas da persecução penal, inclusive nos momentos de elaboração e alteração das leis.

Tendo isso em vista, passou-se a aferir que as novas penas trazidas pelo §1º-A do art. 32 da Lei nº 9.605/98 acabaram por violar o referido princípio, o que é evidenciado por meio da realização de uma análise comparativa com outros tipos penais presentes na legislação penal brasileira. Ademais, foram apontadas consequências problemáticas de tal desarmonia, entre as quais, o favorecimento do recrudescimento das normas penais como um todo, deixando a atuação do legislador de consistir em atividade vantajosa para os membros da sociedade.

Outrossim, adotando-se a premissa de que a CRFB/88 atribui ao Poder Público e à coletividade o dever de preservar a fauna, sem promover distinções entre os animais, notou-se que a Lei Sansão infringiu a diretriz constitucional, criando uma espécie de hierarquia entre os animais ao inserir cães e gatos em um patamar mais elevado de tutela penal. Ainda que esses animais estejam mais presentes nos lares brasileiros, destacou-se que outros animais, domésticos ou não, também são alvo das práticas cruéis reiteradamente, sendo excluídos da novidade legislativa.

Tal constatação implicou na reflexão acerca do simbolismo penal presente na Lei nº 14.064/20, a qual aparenta ter servido como instrumento de atendimento às expectativas sociais e à opinião pública, relegando a sua função primordial dentro do Estado Democrático de Direito. Observou-se, com isso, a preponderância da perspectiva antropocêntrica na produção de normas que deveriam atender prioritariamente os animais.

Por fim, constatou-se que o aumento da pena para o referido crime, quando praticado contra cães e gatos, provoca significantes alterações na sistemática processual que orienta a persecução penal dos sujeitos ativos. Em primeiro lugar, o delito deixa de consistir em infração de menor potencial ofensivo, afastando-se da competência dos juizados especiais criminais, o que torna impossível, ou mais dificultosa, a aplicação de alguns institutos despenalizantes. Em segundo lugar, o termo circunstanciado é substituído pelo inquérito policial, propiciando a prisão em flagrante delito do agente.

Por todo o exposto, e levando em consideração toda a repercussão popular que acompanhou a elaboração da Lei Sansão, revelou-se imprescindível a reflexão crítica acerca de seus desdobramentos. Se, por um lado, a luta pela tutela dos animais não humanos é legítima e extremamente necessária, por outro, indispensável é a observância do princípio da proporcionalidade e de outros ditames constitucionais sobre a matéria, a fim de fortalecer e uniformizar a pacificação dos conflitos sociais dentro do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 27. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2021, [e-book].

BRASIL. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.095/19*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192978>> Acesso em: 05 out. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

FERREIRA, Maria Luísa Brasil Gonçalves; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Do crime de maus-tratos contra os animais e o direito penal simbólico: análise do simbolismo penal na criação da Lei nº 14.064/20. *Conpedi Law Review*. Florianópolis, v.7, nº 1, p. 21-37, jan./jun. 2021.

GÂNDARA, Luma Gomes; SCIARINI, João Carlos Fazano. Ensaio sobre a conciliação no processo penal prevista na lei dos juizados especiais criminais (Lei nº 9099/95). *Revista de formas consensuais de solução de conflitos*, Salvador, v. 4, p.55-69, jan./jun. 2018.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 11. ed. V.1. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

PANCHERI, Ivanira; CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. Comentários à Lei Sansão: crime de maus-tratos contra cães e gatos sob a Lei nº 14.064/20. *Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 11, nº 22, p. 61-74, jan./jun. 2021.

_____. Lei Sansão. Apontamentos sobre a Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. *Revista de Direito da Unigranrio*, Rio de Janeiro, v.11, nº 1, p. 01-32, mai. 2021.

PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal do ambiente: crimes ambientais (Lei 9605/1998)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.



SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, [*e-book*].

TOLEDO, Kelvia de Oliveira; ASSIS, Cláudio Abel Franco de. O simbolismo penal e a deslegitimação do poder punitivo na sociedade de risco: consequências e imprecisões. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Minas Gerais, v. 1, nº 2, p. 238-266, jul./dez. 2015.

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE NA EXIGÊNCIA DE CONSENTIMENTO MARITAL PARA A INSERÇÃO DE DISPOSITIVO INTRAUTERINO EM MULHERES CASADAS

Vivian Rainha Pacheco

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduanda no curso *Lato Sensu* de especialização em Direito Público e Privado. Advogada.

Resumo – após a mídia veicular notícia relacionada à exigência de consentimento marital na inserção de Dispositivo Intrauterino (DIU) em mulheres que já mantivessem vínculo do casamento, os direitos reprodutivos femininos tornaram a ser pauta de discussão na seara jurídica, ocasionando a edição de Projeto de Lei para eliminar lacunas legislativas que legitimassem, ainda que tenuamente, a exigência. Diante da controvérsia, suscitada pelos argumentos apresentados pelos planos de saúde que exigiram o aval marital, foi necessário que o legislador buscasse editar lei, ainda pendente de votação ante as Casas Legislativas do Congresso Nacional. Nesse sentido, o artigo busca demonstrar, por meio de análises próprias da legislação pátria e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a prática já seria considerada ilegal e inconstitucional antes mesmo da edição do Projeto de Lei nº 2.719/2021.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Lei de Planejamento Familiar. Intervenção estatal na vida privada. Casamento. Dispositivo Intrauterino (DIU).

Sumário – Introdução. 1. Da interpretação analógica das disposições da Lei de Planejamento Familiar referentes à esterilização definitiva para método de contracepção. 2. Da aplicação da Lei de Planejamento Familiar para mulheres que mantenham União Estável à luz do entendimento adotado pelo STF no RE nº 878.694/MG. 3. Da (im)possibilidade de exigência de consentimento marital para a inserção de Dispositivo Intrauterino (DIU) à luz do ordenamento jurídico pátrio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, posteriormente, com a publicação do Código Civil de 2002, institutos como o Pátrio Poder e o desnível hierárquico na relação familiar passaram a ser repelidos pelo ordenamento jurídico. Enquanto no Código Civil de 1916, o marido era o chefe da sociedade conjugal e a mulher, mero apoio para o exercício de seu poder – conforme se depreende de seu artigo 233, *caput* e incisos –, tal ideia foi rechaçada pelo Código Civil de 2002, inserindo novos ideários no ordenamento jurídico, já em consonância com a CRFB/88.

É inegável, contudo, que as mudanças legislativas não detêm o condão de modificar pensamentos e atitudes retrógradas, que já não se justificam na contemporaneidade. É o que se extrai da exigência de concordância do marido, feita pelos planos de saúde privados, quando uma pessoa casada, notadamente, uma mulher, demonstra interesse em inserir o Dispositivo

Intrauterino (DIU). Embora o DIU tenha outras funções que não a contraceptiva, tal como o tratamento da Síndrome dos Ovários Policísticos (SOP), a exigência desconsidera a capacidade civil da mulher em determinar formas de lidar com seu próprio corpo, impondo que seu julgamento passe por uma nova malha fina: o interesse de seu cônjuge.

O artigo trata de questões atinentes ao Direito de Família, ao Planejamento Familiar, e às muitas peculiaridades que envolvem suas diferentes espécies de núcleos familiares, enfocando-se com mais detenção no caso concreto, veiculado pela mídia brasileira em agosto de 2021. Utilizando-o como ponto de partida, discute-se a limitação da legislação sobre o tema e a possibilidade de uma interpretação extensiva acerca de certos institutos caros à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e ao Código Civil de 2002.

Inicia-se no primeiro capítulo do artigo a análise da possibilidade e os limites da interpretação extensiva e/ou analógica para a aplicação das disposições sobre esterilização permanente ao método de contracepção temporário.

Segue-se confrontando os requisitos e termos expostos pelo Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, para se concluir se há a possibilidade de equiparar os institutos da União Estável e do Casamento para fins de exigência de consentimento marital na inserção de Dispositivo Intrauterino (DIU) em indivíduos do sexo feminino. Isto é, seria possível exigir a formalidade de companheiros e cônjuges, de maneira igual?

O terceiro capítulo, finalmente, defende a ilegalidade e a inconstitucionalidade da prática perpetrada pelos planos de saúde ao exigirem o consentimento marital, analisando os dispositivos normativos, legais e constitucionais para tanto.

A pesquisa jurídica se desenvolve pelo método hipotético-dedutivo. Para tanto, baseia-se em uma abordagem qualitativo-exploratória, de modo que a se valer da bibliografia pertinente à temática, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, bem como dos dispositivos legais e constitucionais – em especial, do Código Civil de 2002, da Lei de Planejamento Familiar e do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG –, para sustentar as teses defendidas.

1. DA INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA DAS DISPOSIÇÕES DA LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR REFERENTES À ESTERILIZAÇÃO DEFINITIVA PARA MÉTODOS DE CONTRACEPÇÃO

Consoante se extrai de lições de Carlos Maximiliano¹, citado na obra de Limongi França, a Hermenêutica vai além da mera interpretação da norma jurídica, tratando também de organizar as regras e preparar os pressupostos nos quais a interpretação se baseará para chegar a uma conclusão jurídica. Assim, estabelece métodos e atalhos para que os operadores e estudiosos do Direito tratem dos enunciados normativos, compreendam-nos e os apliquem conforme as diversas noções ali presentes. Limongi² vai além, argumentando que a interpretação não merece se restringir:

tão-somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança.

Nesse viés, dois métodos de interpretação se revestem de especial importância no momento de análise das hipóteses previstas em lei: o método analógico e a interpretação extensiva. Limongi³ destaca que a interpretação extensiva se trata de uma "interpretação segundo a qual a fórmula legal é menos ampla do que a *mens legislatoris* deduzida[...]", e que busca, de igual forma, a "[dedução da] *mens legislatoris* dentro de limites moderados e cientificamente plausíveis, adapta[ndo] essa intenção do fautor da norma às novas exigências da realidade social."⁴

À sua vez, o método analógico, tal como previsto pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵, e de acordo com Ferrara, também citado por Limongi França⁶, "é a aplicação de um princípio jurídico que a lei estabelece para um certo fato, a outro fato não regulado[,] mas juridicamente semelhante ao primeiro".

¹ MAXIMILIANO apud FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 21.

² Ibid., p. 39.

³ Ibid.

⁴ Para mais detalhamento sobre cada um dos métodos e suas diferenças, consulte Ibid.

⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2021.

⁶ FERRARA apud FRANÇA, op. cit., p. 63.

A legislação pátria, no bojo da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996⁷, prevê uma série de dispositivos que têm como objetivo tratar do planejamento familiar, o que delimita uma certa concretude ao §7º do artigo 226 da CRFB/88⁸. Na norma constitucional, afirma-se que o Estado deverá proporcionar recursos suficientes para o exercício do direito previsto, coibindo qualquer espécie de violência – física ou moral – por parte do próprio Estado ou por meio de instituições de caráter privado aos indivíduos. Dessa forma, proíbe-se que esses agentes intervenham ativamente na esfera de escolha dos cidadãos.

Isto é, as decisões devem ser tomadas pelos próprios indivíduos, por ato de livre e espontânea vontade.

Por óbvio, esses indivíduos, enquanto não detêm o conhecimento técnico necessário, devem ser amparados por informações precisas, cientificamente comprováveis e de procedência indubitável, papel este que recai sobre o Estado em um primeiro momento e, no limite, às instituições privadas que atuam na área e/ou serão afetadas pela tomada de decisões estatais.

Neste ponto, o Estado deve assumir o papel necessário para prestar os recursos educacionais e científicos, por meio dos quais apoiará o casal – tal como descrito na Constituição – na tomada de decisões que impactam no próprio planejamento familiar. Isto ocorre porque, em última análise, a decisão individual do casal – aqui entendido em sua acepção *lato sensu*, abrangendo todos os tipos de núcleos familiares – afetará a coletividade e a adoção de políticas públicas futuras. Além disso, também deverá coibir qualquer espécie de ato que possa vir a ameaçar uma série de Direitos Fundamentais, insculpidos nos incisos do artigo 5º da CRFB/88⁹.

É por intermédio deste viés que se passa a tratar do fenômeno da esterilização.

Esterilização voluntária, nas palavras de Natália Esteves de Souza e Karina Gusmão de Moura¹⁰, é um termo se traduz em “um método contraceptivo realizado através da laqueadura tubária, vasectomia ou outro método cientificamente aceito”, texto também previsto no §4º do artigo 10 da Lei nº 9.263/96¹¹. Isto é, o procedimento tem como objetivo atuar como uma forma

⁷ BRASIL. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁹ Ibid.

¹⁰ SOUZA, Natália Esteves de; MOURA, Karina Gusmão de. *O consentimento do cônjuge na esterilização voluntária*. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Publicado em: 18 mai. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1448/O+consentimento+do+c%C3%B4njuge+na+esteriliza%C3%A7%C3%A3o+volunt%C3%A1ria#_ftn1> Acesso em: 01 out. 2021.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 07.

de evitar a concepção e controlar a taxa de fecundidade de maneira definitiva e/ou temporária, a depender do procedimento pelo qual o indivíduo optou.

A laqueadura tubária apresenta taxa de sucesso no controle da fertilidade feminina, todavia suas chances de reversão são ínfimas, se considerada toda a robustez e complexidade do procedimento, além de seu pós-operatório também impor severos ônus ao corpo feminino. Em contrapartida, a opção masculina, consubstanciada na vasectomia, por se tratar de um procedimento simples – se comparado à opção feminina –, pode ser considerada um método contraceptivo reversível e, em certa medida, até mesmo temporário, atendidas as expectativas e cautelas médicas necessárias.

Pois bem, embora este artigo não objetive tratar da (in)constitucionalidade presente no dispositivo supracitado, especialmente no que está relacionado à manifestação de vontade e a dignidade da pessoa humana, direitos garantidos pela CRFB/88¹² e pelo Código Civil de 2002¹³, fato é que a norma regulamenta a possibilidade de realização do procedimento cirúrgico.

Os incisos do artigo 10 da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996 preveem duas hipóteses para que se proceda à esterilização voluntária¹⁴. São elas: a opção de indivíduos de mais de vinte e cinco anos de idade ou ao menos dois filhos vivos, observado o prazo de sessenta dias da manifestação de vontade e do ato cirúrgico e/ou a existência de risco de vida à saúde da mulher ou do futuro feto, termo médico que deverá ser assinado por uma junta composta por dois médicos¹⁵. A norma vai além, estabelecendo uma série de requisitos para que o

¹² 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: [...]. BRASIL, op. cit., nota 08.

¹³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. >. Acesso em: 03 set. 2021.

¹⁴ Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. BRASIL, op. cit., nota 07.

¹⁵ No que toca à primeira hipótese, há caráter altamente paternalista por parte do Estado, fruto de histórico pautado em sua intervenção na esfera privada, e o dispositivo foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Quanto à segunda hipótese, críticas podem ser tecidas sem que seja necessário analisar o dispositivo a fundo: onde recai a vontade da mulher? Jamais se deve cogitar de uma certidão ou documento, assinado por médicos, que desconsidere ou ignore a vontade de um indivíduo que detenha plena capacidade civil para autodeterminar seus desejos e interesses. Por óbvio, essa problemática não se perpetua em hipóteses nas quais o interesse individual e o laudo pericial médico convergem na mesma direção.

Ocorre que, em casos nos quais o interesse individual vai de encontro ao laudo médico, qual deles deve prevalecer? Em que pese o posicionamento médico seja uma ferramenta de persuasão importante para a escolha da paciente, quem deve tomar a decisão final será ela. Embora se trate de uma questão que, *a priori*, reveste-se de interesse público, lastreado pela atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), não se pode olvidar do caráter personalíssimo

procedimento seja convalidado nos parágrafos do dispositivo, sob pena dos agentes de saúde e dos próprios indivíduos incorrerem em crimes tipificados no Capítulo II do diploma legal.

Ocorre que certos planos de saúde privados, apoiando-se na norma prevista no artigo 10, §5º, da Lei nº 9.263/96¹⁶, passaram a exigir o consentimento de ambos os cônjuges para a inserção de Dispositivo Intrauterino (DIU)^{17,18}. Desta forma, passaram a tratar um método contraceptivo voluntário – e temporário – com o mesmo rigor exigido de métodos de esterilização voluntária, tais como a laqueadura e, a certo nível, a vasectomia.

Também é certo que, enquanto a norma legal estabeleceu a exigência para atos de esterilização voluntária, silenciou em relação a métodos de contracepção que não resultassem em uma possível esterilização definitiva. Ao passar a exigir a formalidade para a inserção de DIU, os planos de saúde trouxeram à baila a possibilidade, em tese, de uma interpretação analógica do dispositivo legal.

Tem-se, portanto, que os métodos de esterilização voluntária e a inserção do Dispositivo Intrauterino tem diversas diferenças, o que não permitiria uma interpretação extensiva, senão uma interpretação analógica do dispositivo, no sentido de usá-lo para a aplicação do dispositivo à inserção do método contraceptivo.

Contudo, argumenta-se no limite que, caso se entenda pela validade da exigência, qual seria o limite para a exigência feita nos termos do artigo 10? Se a inserção do DIU deve perpassar pelo termo de consentimento do marido, o que impediria os planos de saúde de

da decisão tomada, eis que a intervenção cirúrgica se dá no corpo do indivíduo – não da coletividade, mas da mulher individualmente considerada.

No limite, trata-se de uma questão que se assemelha à coleta de sangue de indivíduos que preguem a religião das Testemunhas de Jeová, inexistindo uma única resposta para a problemática. PRATAS, Claudia Alves. A. As Testemunhas de Jeová e a discriminação no acesso a tratamentos isentos de sangue. *e-Pública*. Lisboa, v. 3, n. 2, p. 160-193, nov. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000200008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 jan. 2022.

¹⁶ Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

[...]

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges. BRASIL, op. cit., nota 07.

¹⁷ DAMASCENO, Victoria. Seguros de saúde exigem consentimento do marido para inserção do DIU em mulheres casadas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 03 ago. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2021/08/seguros-de-saude-exigem-consentimento-do-marido-para-insercao-do-diu-em-mulheres-casadas.shtml>>. Acesso em: 03 out. 2021

¹⁸ Ao menos neste momento, não se pretende discutir a irracionalidade e a demagogia no dispositivo legal, sendo objeto, inclusive, de Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, pautada na ADIn nº 5.097, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.097/DF* – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

Natália Esteves de Moura e Karina Gusmão de Moura se debruçam sobre a questão, analisando o dispositivo sobre viés constitucional e os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e a autonomia privada. SOUZA; MOURA, op. cit.

exigirem também um termo de consentimento à inserção de implantes anticoncepcionais e/ou o uso de pílulas anticoncepcionais, métodos que detêm outras funções que não a contraceptiva?

Por óbvio, entender pela possibilidade de uma interpretação analógica abriria portas para interpretações esdrúxulas, no sentido de violar cada vez mais a dignidade e o direito de autodeterminação feminino fruto de sucessivas lutas ao longo dos anos.

Logo, não se cogita da possibilidade de interpretar as disposições presentes no artigo 10 da Lei nº 9.263/96¹⁹ para efeitos de sua aplicação à inserção de DIU, ou quaisquer outros métodos contraceptivos. Isto porque, além de não se tratar de uma esterilização temporária *stricto sensu* – havendo mais funções a serem consideradas, tal como o tratamento de doenças e síndromes de teor ginecológico –, estender a *mens legis* para além do já previsto ultrapassaria os limites de uma interpretação legal razoável.

2. DA APLICAÇÃO DA LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR PARA MULHERES QUE MANTENHAM UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STF NO RE Nº 878.694/MG

Com a rápida mudança nos padrões sociais, novas formas de família surgiram ao longo do tempo e, de modo a sustentar o *mandamus* insculpido no parágrafo 3º do artigo 226 da CRFB/88, o reconhecimento de novas realidades e entidades familiares passou a ser medida de primeira ordem. Da família centrada no pátrio poder, onde o marido era o centro de todas as decisões e mantinha poder sobre a esposa e os filhos do casamento provenientes, ao longo dos anos pincelaram-se novos formatos e modalidades de família, das quais a família anaparental, homoafetiva e mosaico são algumas das manifestações admitidas pela legislação, doutrina e jurisprudência²⁰²¹.

Conforme se depreende da obra de Flávio Tartuce, entende-se o Casamento como “a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”²²²³. De acordo com o *caput* do

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 07.

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 12. ed. São Paulo: Método, 2022, p. 1.204.

²¹ A título exemplificativo, há, além das espécies já citadas: a Família Socioafetiva, nos termos do Provimento nº 63 do CNJ; a Família Adotiva, que se trata de parentesco civil e é regulamentada pelo Capítulo IV, do Subtítulo II, do Livro IV – Direito de Família, do Código Civil de 2002, além das regulamentações trazidas pela Lei nº 8.069/90; a Família Poliafetiva; a Família Multiespécie, e a Família Virtual

²² TARTUCE, op. cit., p. 1.205.

²³ O doutrinador menciona três correntes que se propõem a conceituar o instituto, quais sejam: a Teoria institucionalista, difundida por Maria Helena Diniz e Rubens Limongi França; a Teoria Contratualista, sustentada por Silvio Rodrigues e a Teoria Mista ou Eclética, seguida por Tartuce e outros doutrinadores. Nesta última, o casamento seria uma “instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação”. Ibid.

artigo 1.723, do Código Civil de 2002²⁴, a União Estável é um instituto do Direito de Família no qual se estabelece uma entidade familiar entre um homem e uma mulher²⁵, desde que haja convivência pública, contínua e duradoura e que se objetive a constituição de uma entidade familiar. É possível se extrair da leitura do artigo, ainda, que o instituto seja caracterizado antes de qualquer registro cartorário – o que é, inclusive, o que ocorre na generalidade dos casos –, não dependendo deste para que os companheiros constituam a União. Ademais, entende-se que o instituto não se confundiria com o Concubinato, que possui suas próprias especificidades²⁶²⁷.

Nesse sentido, o instituto que se destinou a prever mais direitos aos indivíduos que buscam constituir uma entidade familiar, nos termos do parágrafo 3º do artigo 226 da CRFB/88²⁸, não se afasta do ideário instituído pelo instituto do Casamento, insculpido pelos artigos 1.511 e seguintes do Código Civil de 2002²⁹. Isto porque, para que duas pessoas possam proceder ao registro público da relação marital, espera-se que estabeleçam, entre si, acordo de comunhão de vidas baseado em igualdade de direitos e deveres entre si³⁰.

Há, todavia, uma série de diferenças entre os dois institutos, para além da matéria registral. Embora uma série de doutrinadores seja favorável a uma equiparação total entre os institutos, Flávio Tartuce compreende que a equiparação estabelecida pelo Recurso Extraordinário 878.694/MG, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso se limita à matéria de ligada ao direito sucessório³¹. A doutrina se divide neste ponto: alguns doutrinadores entendem

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁵ Com advento do Recurso Extraordinário nº 878.694, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, passou-se a equiparar a União Estável Homoafetiva às Uniões Estáveis Heteroafetivas para fins sucessórios. Isto é, o artigo passou a vigorar com a mesma redação, embora sua interpretação se adeque às novas realidades e anseios que a sociedade contemporânea segue apresentando ao ordenamento jurídico pátrio e internacional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 878.694*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

²⁶ Flávio Tartuce estabelece, didaticamente, uma série de diferenças entre a União Estável e o Concubinato. À medida em que na União Estável se constitui uma entidade familiar, nos termos do artigo 226, parágrafo 3º, da CRFB/88, o Concubinato constitui mera sociedade de fato. Na União Estável, ainda há a possibilidade de constituição por pessoas solteiras, viúvas, divorciadas ou separadas de fato, além de haver direito à meação patrimonial, a alimentos e sucessórios. Em contrapartida, o Concubinato seria composto por pessoas casadas não separadas ou quando houver impedimento matrimonial entre elas. No instituto, inexistente direito à meação patrimonial, a alimentos ou sucessório. Por último, à medida em que as ações de reconhecimento e dissolução da União Estável tramitam perante a Vara de Família, nos termos dos artigos 693 a 699 do CPC/15, cabe tão somente ação de reconhecimento e dissolução da sociedade de fato, tramitando apenas em Varas Cíveis. TARTUCE, op. cit., p. 1.335.

²⁷ Há movimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de equiparar a condição de concubino a companheiro, conforme se extrai da obra de Flávio Tartuce. O doutrinador exemplifica a posição de Maria Berenice Dias, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. DIAS e GAGLIANO; PAMPLONA FILHO apud *ibid.*, p. 1.336.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 08.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 13.

³⁰ Destaca-se, neste ponto em especial, a mudança de paradigma com relação ao primeiro momento do Código Civil de 1916, no qual o marido era a peça central das relações conjugais.

³¹ TARTUCE, op. cit., p. 1.330.

que a equiparação é total; outros, como é o caso de Flávio Tartuce, Anderson Schreiber e Ana Luiza Nevares, compreendem que há:

equiparação somente para os fins de normas de solidariedade, caso das regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens. Quanto às normas de formalidade, como as relativas à existência formal da união estável e do casamento, aos requisitos para a ação de alteração do regime de bens do casamento (art. 1.639, § 2.º, do CC e art. 734 do CPC) e às exigências de outorga conjugal, a equiparação não deve ser total.³²

A melhor interpretação parece ser a dada pelo Enunciado nº 641 da VIII Jornada de Direito Civil³³, como bem asseverado por Flávio Tartuce³⁴: nele, foi estabelecido que a equiparação dada pelo STF se estenderia tão somente às questões de solidariedade familiar. Isto é, para tudo o que esteja ligado às decisões que devem ser tomadas em comum acordo pelos membros da família.

De toda forma, para ambas as correntes, a aplicação da Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.623/96) – principal base legislativa para a exigência feita pelos planos de saúde às mulheres casadas – se estenderia às relações de União Estável, permitindo que houvesse, em tese, interpretação extensiva do dispositivo legal. Isto porque, a matéria tratada no diploma legal está intimamente ligada às “normas de solidariedade” que Tartuce menciona em sua obra³⁵.

Embora seja plausível aplicar a Lei de Planejamento Familiar ao instituto da União Estável, a lei encontra verdadeiro óbice em sua devida aplicação na hipótese em comento, justamente pelo fato de a União Estável não partilhar o mesmo caráter formal do instituto do Casamento. Isto é, caso a exigência dos Planos de Saúde, pautada na Lei de Planejamento, fosse teoricamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, encontraria entraves em sua aplicação pela informalidade do instituto da União Estável, que já poderia salvaguardar as partes, embora ainda não fosse registrado.

Na prática, mediante a dificuldade na comprovação, e pelo próprio caráter formal da exigência pautada na Lei de Planejamento Familiar, as mulheres que mantivessem União Estável não seriam obrigadas a requerer o aval de seu companheiro³⁶ para proceder à inserção do Dispositivo Intrauterino (DIU). Para todos os efeitos, e até que o Plano de Saúde prove o

³² Ibid.

³³ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado nº 641*. VIII Jornada de Direito Civil. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

³⁴ TARTUCE, op. cit., p. 1.331.

³⁵ Ibid.

³⁶ Aqui, utiliza-se a palavra “companheiro” no sentido amplo, aplicando-se a todos os espectros de identidade de gênero e sexo biológico.

contrário³⁷, elas seriam consideradas mulheres solteiras e, portanto, a exigência imposta (e a própria Lei de Planejamento Familiar) não se aplicaria a elas.

3. DA (IM)POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE CONSENTIMENTO MARITAL PARA A INSERÇÃO DE DISPOSITIVO INTRAUTERINO (DIU) À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Um dos princípios mais caros ao Direito de Família é o Princípio da Não Intervenção³⁸. Previsto no artigo 1.513 do CC/02, entende-se ser “defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”³⁹. Em sentido semelhante, o parágrafo 5º do artigo 1.565 do mesmo diploma legal também estabelece que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas nesse sentido. Flávio Tartuce⁴⁰, à sua vez, alerta que “o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Porém, o Estado poderá incentivar o controle de natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas”. O doutrinador, ademais, destaca que a paternidade responsável e o planejamento familiar são princípios consagrados pela CRFB/88⁴¹.

A tênue linha entre a intervenção coativa e o incentivo é de difícil e subjetiva verificação, gerando dúvidas sobre a real delimitação dos poderes quanto a matéria. Até que ponto o Estado – ou mesmo as entidades que o substituem no papel – poderia interferir na vida em comum de uma família? Por certo, hipóteses de violência doméstica se enquadram na esfera de intervenção obrigatória do Estado⁴², da mesma forma que os pais também são obrigados a matricular em instituições credenciadas, ainda que tenham recursos e capacidade para educá-las no modo *homeschooling*⁴³.

³⁷ Ônus que lhe recairia em eventual Processo Judicial, nos termos do inciso I do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015. BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

³⁸ Também denominado Princípio da Liberdade.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 13.

⁴⁰ TARTUCE, op. cit., p. 1.191.

⁴¹ Ibid, p. 1.192.

⁴² A título exemplificativo, a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, ampliou o rol de proteções e mecanismos que pretendem coibir e prevenir hipóteses de violência doméstica, estabelecendo penalidades para os agentes que atuem de modo a ameaçar essas mulheres, nos termos do artigo 1º do diploma legal.

⁴³ Nesse ponto, destaca-se o efeito *backlash* legislativo no que concerne ao *homeschooling*. Anteriormente considerado ilegal pela falta de previsão legal e/ou constitucional para a permissiva de uma possível educação por este método, sobreveio Projeto de Lei nº 3.179/2022 para permitir a oferta domiciliar da educação básica. BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 3.179/2022*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0jqyuyjd4io5k8yhmc5pmz5sml14239408.node0?codteor=963755&filename=PL+3179/2012>. Acesso em: 09 jun. 2022.

É nesse contexto que a Lei de Planejamento Familiar surgiu, de modo a tentar concretizar o estabelecido pelo parágrafo 7º do artigo 226 da CRFB/88⁴⁴. Embora polêmica por exigir o consentimento de ambos os cônjuges para hipóteses de esterilização voluntária, dividindo opiniões sobre sua constitucionalidade, tal como exposto anteriormente, não há qualquer fundamentação para aplicar a exigência do consentimento aos métodos contraceptivos reversíveis.

Extraí-se do parágrafo único do artigo 9º do diploma legal⁴⁵ que a prescrição de qualquer método contraceptivo – rol no qual se inclui o DIU – “só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia”. É dizer que a opção por qualquer método contraceptivo deve passar pelo acompanhamento clínico, no qual o profissional de saúde – notadamente, o médico ginecologista – deverá apresentar todas as informações pertinentes sobre as opções disponíveis à paciente para que ela, munida dessas informações, tome a decisão mais consciente possível.

Pois bem, revela-se curioso que legislação citada não mencione, em momento algum no texto legal, o requisito do aval marital para que a mulher prossiga com o tratamento de qualquer método contraceptivo, como supõe a exigência feita⁴⁶.

Em sentido semelhante, caso o dispositivo legal mencionasse o aval marital como requisito para o procedimento, violar-se-iam os Direitos à Liberdade e à Igualdade, insculpidos no artigo 5º, *caput* e inciso I, da CRFB⁴⁷, além de haver um claro retrocesso aos tempos em que o homem – o “chefe de família”, detentor do Pátrio Poder – detinha o poder sobre os direitos reprodutivos da mulher, conforme se extrai da Justificação do Projeto de Lei nº 2.719/2021⁴⁸. A menção deste requisito geraria pautas de discussão doutrinário-jurisprudencial que ensejariam, sem dúvidas, Ação Direta de Inconstitucionalidade, ante a clara violação aos dispositivos constitucionais supracitados.

O fato da prática ser rechaçada pela opinião pública, pela doutrina especializada e por estudiosos consultados na mídia não causa estranheza, justamente em razão dos avanços – por vezes, penosos – na emancipação dos direitos reprodutivos da mulher. Em verdade, o que gera verdadeira preocupação é a necessidade de se estabelecer, por intermédio de texto legal, a

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 08.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 07.

⁴⁶ DAMASCENO, op. cit.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 08.

⁴⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.719/2021*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01nptju5va38xj19wn911325oep77361.node0?codteor=2083034&filename=Avulso+-PL+2719/2021>. Acesso em: 04 mar. 2022.

proibição de uma exigência claramente atentatória aos direitos da mulher e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Não fosse a denúncia feita, a prática seguiria sendo exigida sem maiores preocupações e/ou provocações jurídicas, violando direitos intransmissíveis – e, ao menos em tese, invioláveis – da mulher, que teria sua vontade e seu discernimento mitigados em detrimento da vontade e do discernimento de seu cônjuge.

Nesse ponto, a luta pelo reconhecimento dos direitos reprodutivos da mulher se assemelha à constante luta por direitos sociais. À medida os direitos reprodutivos femininos estejam relacionados mais diretamente aos direitos de primeira geração – isto é, aos Direitos de Liberdade –, a argumentação relacionada ao Princípio da Vedação ao Não Retrocesso⁴⁹ pode, e merece, ser aproveitada para a hipótese. Fato é que o Direito, tal como entendido pelos sociólogos jurídicos, consiste em uma arena de interesses que se digladiam constantemente, devendo ser reafirmados periodicamente de modo a coibir hipóteses como a retratada no presente artigo, de modo a evitar eventuais equívocos e retrocessos insanáveis.

Conclui-se, portanto, que a prática mencionada é abjeta ao ordenamento jurídico, não coexistindo em harmonia com as normas constitucionais e legais de proteção à mulher e seus direitos reprodutivos e de autodeterminação, sendo passível de condenação a título de danos morais pela via judicial, nos termos do artigo 927, *caput*, do Código Civil⁵⁰. Por óbvio, não basta a simples edição de lei, mas a efetiva aplicação do poder de polícia, conferido às autoridades competentes.⁵¹

CONCLUSÃO

A pesquisa se limitou a provocar discussão sobre os atos perpetrados pelos planos de saúde, tal como veiculado pela mídia em agosto de 2021, tratando de assunto que envolve tanto a liberdade individual feminina, quanto a própria ordem pública. A discussão sobre a

⁴⁹ O princípio pode ser entendido como a vedação à redução da concretização dos direitos sociais já reconhecidos e protegidos pelo Estado sem que haja medidas compensatórias capazes de sopesar eventual perda do direito. De acordo com Felipe Derbli, a “particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais [...] Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do *status quo*, antes significando também a obrigação de avanço social”. DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 202.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 13.

⁵¹ No caso sob análise, tanto a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), quanto o PROCON assumem papel de regulação, sendo responsáveis pela análise da legalidade dos atos denunciados.

emancipação dos direitos reprodutivos femininos e sua capacidade de optar pelo método contraceptivo que melhor lhe atende é pauta que, reiteradamente, torna a ser discutida no âmbito jurídico, seja provocada por algum ato inconstitucional – tal como aquele noticiado anteriormente –, seja por iniciativa legislativa isolada.

Restou demonstrado que o Estado tem o papel precípua de prestar recursos educacionais e científicos, por meio dos quais auxiliará os indivíduos a tomarem decisão bem informada. Em contrapartida, essa orientação jamais poderia assumir caráter de coação para com os indivíduos. Da premissa, passou-se a tratar da exigência feita pelos planos de saúde citados na notícia midiática, estabelecendo-se que não deteriam o poder de exigir tal requisito. Isto é, se nem mesmo o Estado teria poder para tanto, particulares tampouco o teriam. Sopesando-se as diferenças e as similaridades entre os métodos de esterilização voluntária e seus requisitos para aplicação e a opção pelo método contraceptivo do Dispositivo Intrauterino, concluiu-se que não haveria racionalidade na exigência, sendo impossível aplicar os dispositivos da Lei de Planejamento Familiar – notadamente, o artigo 10 da supracitada – aos métodos contraceptivos.

Além disso, o artigo tratou da possibilidade de aplicação dos termos presentes na Lei de Planejamento Familiar para mulheres que mantivessem União Estável. Para a análise, foi necessário estabelecer alguns parâmetros doutrinários e jurisprudenciais, importantes para que impropriedades não fossem adotadas. Nesse sentido, e com base na fundamentação defendida nos autos do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, adotou-se a posição defendida por Flávio Tartuce e o Enunciado nº 641 da VIII Jornada de Direito Civil, entendendo que há equiparação entre os institutos do Casamento e da União Estável para as questões que exijam uma certa solidariedade entre o casal. Embora, em tese, a Lei possa ser aplicada aos indivíduos que mantenham União Estável, a própria natureza do instituto impediria sua aplicação plena às mulheres que fazem jus ao instituto. Dessa forma, elas estariam até mesmo mais protegidas de abusos, como o analisado no artigo, do que mulheres que optaram pela via do Casamento.

Ademais, no terceiro capítulo, concluiu-se que, mesmo com a inexistência de legislação que versasse sobre a matéria, a mera aplicação dos dispositivos constitucionais e legais já seria suficiente para determinar a ilegalidade e inconstitucionalidade da prática. Seja pela opinião pública, pela mídia ou pela doutrina, a necessária edição de lei que trate da matéria denota quão defasado é o sistema jurídico sobre os direitos reprodutivos femininos. Concluiu-se, assim, que a prática não coexiste em harmonia com as normas constitucionais.

Assim, resta finalizar o presente artigo provocando reflexão sobre o papel da norma legal para efetivar a proteção de parcelas populacionais que porventura estejam em hipóteses semelhantes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Freire. Direito ao aborto, genero e a pesquisa juridica em direitos fundamentais. *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, n. 26, p. 236-261, ago. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito FGV*. São Paulo, v. 15 n. 3 (2019): set-dez. (34). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80705/77063>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. (Des)igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.719/2021*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01nptju5va38xj19wn911325oep77361.node0?codteor=2083034&filename=Avulso+-PL+2719/2021>. Acesso em: 04 mar. 2022.

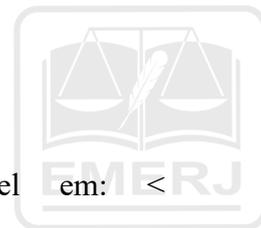
_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 3.179/2022*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0jqyuyjd4io5k8yhmc5pmz5sm14239408.node0?codteor=963755&filename=PL+3179/2012>. Acesso em: 09 jun. 2022.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 03 set. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 ago. 2021.

_____. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 03 set. 2021.

_____. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2021.



_____. *Lei nº 9.961*, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>. Acesso em: 22 ago. 2021.

_____. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

_____. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado nº 641*. VIII Jornada de Direito Civil. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.097/DF* – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 03 jan. 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 878.694*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

CRUZ, Madge Porto; COSTA, Francisco Pereira da. Os direitos humanos das mulheres e os crimes sexuais: realidade e possibilidades da produção da prova para o pleno acesso à justiça. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 42, n. 0, p. 57-72, 2005.

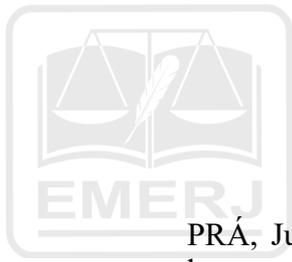
DAMASCENO, Victoria. Seguros de saúde exigem consentimento do marido para inserção do DIU em mulheres casadas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 03 ago. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/08/seguros-de-saude-exigem-consentimento-do-marido-para-insercao-do-diu-em-mulheres-casadas.shtml>>. Acesso em: 03 out. 2021

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mario Veiga. *Novo Curso de Direito Civil- Direito de Família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

GONZAGA, Vanderléa Aparecida Silva *et al.* Barreiras organizacionais para disponibilização e inserção do dispositivo intrauterino nos serviços de atenção básica à saúde* * Extraído da dissertação “Barreiras organizacionais para disponibilização do dispositivo intrauterino nos serviços de atenção básica à saúde (macrorregião sul de Minas Gerais)”, Escola de Enfermagem, Universidade de São Paulo, 2016. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*. 2017, v. 51 Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1980-220X2016046803270>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

PEDRO, Joana Maria. A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 23, n. 45, p. 239-260, 2003.



PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. *Revista Estudos Femininos*, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, jan./abr. 2012.

PRATAS, Claudia Alves. A. As Testemunhas de Jeová e a discriminação no acesso a tratamentos isentos de sangue. *e-Pública*. Lisboa, v. 3, n. 2, p. 160-193, nov. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000200008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 jan.2022

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 12. ed. São Paulo: Método, 2022.

ZACONETA, Alberto Moreno et al. Intrauterine Device Insertion during Cesarean Section in Women without Prenatal Contraception Counseling: Lessons from a Country with High Cesarean Rates. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*. 2019, v. 41, n. 08, pp. 485-492. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbgo/a/NkDXcf5ygBfQSYHvzg6xFBb/?lang=en#>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

CONTROVÉRSIAS ACERCA DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES

Vivian Ribeiro de Oliveira

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Resumo - discute-se o surgimento do Sistema de Precedentes trazido pelo CPC/2015, que tem a finalidade de diminuir as decisões divergentes e proporcionar segurança jurídica e eficiência jurisdicional. Em sincronia com esse sistema, desenvolve-se o uso da Inteligência Artificial (IA) pelo Poder Judiciário, que já possui vários projetos de IA. Neste contexto, surgem polêmicas frente à possibilidade de tomada de decisões automatizadas. Com tais inovações, ocorre uma mudança paradigmática que desponta na Virada Tecnológica do Direito Processual. Essa deve ocorrer alinhada aos princípios constitucionais e ao modelo cooperativo de processo. Devido aos riscos de violação de privacidade, de vieses discriminatórios, entre outros, surgiu a PL n° 21/2020, a qual tramita no Senado e conta com o suporte da CJSUBIA para que ocorra uma efetiva regulamentação do uso da IA no Brasil. Defende-se uma regulação que se comprometa com os direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave - Direito Processual Civil. Devido Processo Constitucional. Sistema de Precedentes. Inteligência Artificial. Decisões Automatizadas. Direito à explicação.

Sumário – Introdução. 1. A Jurimetria e suas consequências para o Direito: evolução ou retrocesso? 2. Sincronia do avanço da Inteligência Artificial e do Sistema de Precedentes: entre o futuro desconhecido e o futuro construído. 3. Dilemas da Regulamentação do uso da IA: ética, transparência e *accountability* nos limites da privacidade e da segurança da informação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a crise no Poder Judiciário, da qual se destacam o alto número de processos em tramitação, a demora na prestação jurisdicional e a insegurança jurídica relacionada à divergência entre decisões. A pesquisa traz à baila o estado atual de coisas, as soluções já implementadas pelos Tribunais e as que estão por vir diante desse quadro.

O Poder Judiciário e os juristas têm se debruçado sobre tais problemas e, nesse sentido, surgiu o Sistema de Precedentes trazido pelo CPC/2015. Além disso, o novo código trouxe os princípios da duração razoável do processo, da primazia da solução consensual, entre outros, com o fim de adaptar o processo civil aos ditames da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito para alinhar-se ao novo modelo de processo cooperativo. Tudo isso visando minimizar a crise, quiçá resolvê-la.

Tal Sistema de Precedentes, chamado por alguns de sistema *common law* à brasileira, é a promessa de alcance da estabilização e da uniformização das decisões, objetivando a segurança jurídica. No caminho de desenvolvimento desse sistema, também se desenvolve,

em sincronia, o uso de novas tecnologias, notadamente da Inteligência Artificial, conhecida como IA. Essa união é vista com bastante entusiasmo e já despontam vários projetos em diversos Tribunais aplicando essas ferramentas. O que levanta muitas polêmicas, como as decisões automatizadas e o direito à explicação, além do risco dos vieses discriminatórios e da violação de privacidade.

Soma-se, ainda, a recente Pandemia do novo coronavírus que acelerou todo esse movimento de assimilação de tecnologia à prática jurídica, antes relativamente refratária, dada seu apreço pelo tradicionalismo.

Logo, esse conjunto de acontecimentos desembocam em uma mudança paradigmática dentro do Direito que pode ser chamada de Virada Tecnológica do Direito Processual. Ressalta-se, inclusive, que qualquer busca pela eficiência no Judiciário deve, primeiramente, alinhar-se aos princípios constitucionais e ao modelo de processo cooperativo, e esse ajuste mostra-se complexo.

Há uma crise no Judiciário de difícil resolução e uma das soluções que surgem atualmente é a aplicação das inovações tecnológicas aliada ao Sistema de Precedentes. Tal caminho de aliança entre Tecnologia e Direito já é uma realidade. A questão não é *se* acontecerá, mas *como* acontecerá. Assim, faz-se necessário o estudo de como as mudanças em questão influenciam o direito processual e como serão balizadas para que essa evolução ocorra em sintonia com o devido processo constitucional.

Inicialmente, o primeiro capítulo deste artigo visa expor as possibilidades trazidas pela Jurimetria para diagnóstico e planejamento de soluções dentro do Judiciário, abordando também a análise preditiva, levando em consideração o uso das ferramentas aqui abordadas pelos grandes litigantes e a assimetria que pode então ser gerada.

Em seguida, o segundo capítulo analisa a IA e o Sistema de Precedentes juntamente com projetos já em curso e os riscos aos princípios constitucionais do processo civil.

Por fim, o terceiro capítulo pesquisa quais medidas e regulamentações podem contribuir para manter a complexa e necessária compatibilidade do processo civil ao modelo cooperativo de acordo com os princípios constitucionais do processo e o Estado Democrático de Direito diante das mudanças tecnológicas.

A pesquisa é desenvolvida, portanto, por meio de abordagem qualitativa. A pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar sua tese.

1. A JURIMETRIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO: EVOLUÇÃO OU RETROCESSO?

O Brasil tem vivido o fenômeno da hiperjudicialização há três décadas, o que contribuiu para que possua um dos maiores estoques de processos judiciais do mundo¹. Diante desse quadro, o Poder Judiciário passa por uma crise que transparece nos altíssimos índices de processos em tramitação, na demora da prestação jurisdicional e na insegurança jurídica diante das decisões divergentes.

Várias foram as mudanças implementadas pelo Judiciário, que se debruçou sobre o assunto, surgindo, por exemplo, os Juizados Especiais e os Centros de Conciliação e Mediação.

Seguidas mudanças na legislação visaram, portanto, à diminuição do nível de judicialização que se encontra no país. Com o Código de Processo Civil de 2015, foram reforçados os meios alternativos de solução de conflitos e o Sistema de Precedentes. Porém, há a necessidade de se fazer um diagnóstico preciso dos problemas do Judiciário e de acompanhar se as medidas implementadas respondem às expectativas existentes. Além disso, não é só o Judiciário que precisa saber os reais dados que envolvem a função jurisdicional. Os demais operadores do direito também.

Quando um advogado é questionado pelo cliente acerca das chances de êxito em uma demanda, surge uma incógnita. Geralmente tais respostas são dadas com base em suposições, de forma intuitiva, fundamentadas na impressão que cada um tem a partir da experiência adquirida no dia a dia da prática forense, como explica Dierle Nunes². Mas será que essas respostas precisam continuar sendo dadas às cegas?

Nesse intento de demonstrar como a aplicação da estatística pode auxiliar na compreensão do direito, foi feito um estudo³ sobre a condenação ao pagamento de danos morais por cadastro indevido em órgãos de proteção ao crédito em 2018. O trabalho demonstrou como as varas do TJMG julgaram casos semelhantes. Pesquisaram-se os índices de procedência, das razões de improcedência e dos valores da condenação a título de danos morais. Comparou-se a frequência da procedência dos pedidos, por vara, e, inclusive, por magistrado.

A pesquisa demonstra, em gráficos, os resultados obtidos e esclarece alguns

¹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Inteligência Artificial no Judiciário. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 79-91.

² NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. Jurimetria, tecnologia e Direito Processual. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 466.

³ *Ibid.*, p. 465-505.

questionamentos, não com base em suposições, mas sim amparada no próprio acervo de sentenças do tribunal. Para possibilitar a análise de forma manual, foi feito um recorte temporal, local e temático. Sendo então suficiente para esclarecer como questionamentos, assim como os mencionados, podem ser respondidos com embasamento estatístico. E quais os dados reais da crise do Judiciário e suas causas?

Esses são complexos questionamentos que a análise jurimétrica visa auxiliar os juristas a responder, para que um diagnóstico mais próximo da realidade seja feito e que assim possam ser planejadas soluções plausíveis. Segundo Guedes Nunes⁴, a jurimetria seria uma disciplina que utiliza a estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica.

Logo, seria mais uma forma de compreender de que modo o fenômeno do direito atinge a sociedade, por exemplo, se as mudanças legislativas alcançam os objetivos que as motivaram, onde estão os gargalos do judiciário, quais são as causas mais comuns e os questionamentos mais complexos acerca da decisão judicial. Define Guedes Nunes⁵ “[...] A Jurimetria é uma ciência que tem o objetivo de descrever os fatores que interferem no funcionamento de uma ordem jurídica, notadamente na produção das normas e na identificação dos efeitos que elas produzem no comportamento social. [...]”.

Todo esse leque de possibilidades não atrai a atenção somente do Poder Judiciário, como também de advogados e grandes litigantes. Além das vantagens que esse instrumento proporciona, há também os riscos como a disparidade de armas entre as partes e a manipulação das decisões diante das análises preditivas⁶. Devido a essas preocupações, foi sancionada uma lei⁷ na França que criminaliza a predição de resultados jurídicos.

No entanto, a prática vem ganhando espaço no Brasil. Vários são os grupos de pesquisa com enfoque nessa ciência, muitos em parceria com a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), inclusive o Poder Judiciário. Por intermédio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pela Emenda Constitucional nº45 de 2004, sendo um órgão com a missão de

⁴ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.103.

⁵ *Ibid.*, p. 106.

⁶ *Ibid.*, p. 501.

⁷ “O Governo Francês proibiu publicação de informações estatísticas sobre as decisões dos juízes. Porém, ainda não está claro o seu objetivo, já que com o discurso em primeiro nível sobre a proteção do Judiciário e proteção de dados, problematiza a publicidade da informação e pode até criar um obstáculo à transparência e à inovação. (...) A vedação do perfilamento está menos relacionada com o desenvolvimento da análise preditiva, e mais com a publicidade do resultado. O artigo 33 [2] da lei estabelece que dados a respeito da identidade dos magistrados disponibilizadas não podem ser utilizados para avaliar, analisar, comparar ou prever as práticas reais ou supostas destes profissionais”. MARSHALLOWITZ, Sofia. *Análise Preditiva*. O que pretende a França em proibir a jurimetria? Governo Francês proibiu publicação de informações estatísticas sobre as decisões dos juízes. Reportagem veiculada por JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-pretende-a-franca-em-proibir-a-jurimetria-18062019>>. Acesso em: 28 set. 2021.

promover o desenvolvimento do Poder Judiciário em benefício da sociedade, por meio de políticas judiciárias e do controle da atuação administrativa e financeira⁸, vem implementando tal espécie de análise. Entre as medidas, encontra-se o Justiça em Números, principal fonte das estatísticas do Judiciário com relatório anual. De acordo com o Relatório Justiça em Números 2021⁹, o ano de 2020 encerrou com 75,4 milhões de processos pendentes e média de 1.643 processos baixados por magistrado em 2020, com média de 6,5 casos solucionados por dia útil do ano.

Esses e outros dados contribuem para um diagnóstico mais fiel da crise para um planejamento de soluções mais aptas a resolvê-la. Sem ideias ilusórias de que tal ferramenta possa ser a solução da crise, tampouco capaz de acabar com a incerteza do Direito que lhe é inerente, pois que sempre está em mutação. Trata-se de uma aliada, porém, não se pode perder de vista a complexidade do Direito. Ressalta-se a pertinente crítica de Streck¹⁰:

Retorno ao tema das *startups* jurídicas, algoritmos, inteligência artificial, medições jurídicas, etc. Não sou jurássico e não quero voltar à máquina de escrever. Uso a melhor tecnologia. Adoro tecnologia no carro. No Iphone. (...) Por tudo isso, atento, venho denunciando o perigo da substituição do Direito pelos algoritmos. Venho apontando dois níveis de problemas: (...) O segundo nível é o da teoria do Direito, do Direito visto como fenômeno complexo e não como mero instrumento feito machado ou picareta a disposição de quem o usa. Denunciei aqui que a IA, no modo como está sendo aplicada, não passa de um realismo retrô. (...) Direito é reflexão e não mera estratégia e cálculo estatístico. Por isso mesmo não se escapa do paradoxo fundamental de que falei antes: como o algoritmo vai ser capaz de prever qualquer coisa sem que haja antes uma teoria da decisão? Num vácuo teórico, as decisões judiciais não têm qualquer critério ou limite; como se pode prever aquilo que não tem critério nem limite? (...) Sem teoria, os algoritmos serão números sobre o nada.

Em que pesem as críticas ao uso da tecnologia no Direito, inclusive diante dos riscos à hermenêutica jurídica, o uso da tecnologia no Direito é uma necessidade, como bem esclarece Ricardo Villas Bôas Cueva¹¹. O Ministro do STJ ressalta que muitos são os desafios, tanto técnicos quanto normativos. Desse modo, a jurimetria, junto à tecnologia, mostra-se importante e indispensável ferramenta para o enfrentamento dos problemas do Judiciário brasileiro.

⁸ CNJ. *Sobre o CNJ*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2021*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Que venham logo os intelectuais para ensinarem aos especialistas. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/senso-incomum-venham-logo-intelectuais-ensinarem-aos-especialistas>>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹¹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Inteligência Artificial no Judiciário. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 80.

2. SINCRONIA DO AVANÇO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DO SISTEMA DE PRECEDENTES: ENTRE O FUTURO DESCONHECIDO E O FUTURO CONSTRUÍDO

O contexto de pandemia pelo novo coronavírus (Covid-19) impulsionou o uso da tecnologia no Judiciário. Mas o seu uso vai muito além das audiências virtuais, dos processos eletrônicos e do *home-office*. O que realmente traz uma mudança, mais que instrumental, mas paradigmática para o Direito e, mais especificamente, para o Processo é a Inteligência Artificial¹². Desse modo, é preciso entendê-la minimamente para que se tenha a dimensão do que já despontou no horizonte: a Virada Tecnológica no Direito Processual.¹³

A inteligência artificial ou IA possui conceito incerto. De acordo com Alan Turing¹⁴ (1950), seria uma máquina que se comporta como um ser humano. Hoje, o termo distanciou-se da mimetização do comportamento do cérebro humano para focar em resolução de problemas de forma mais rápida com o mínimo de informação.¹⁵

O sistema de IA possui 3 elementos: dados (*input*), algoritmo (lógica operacional) e resultado (*output*). O algoritmo, de acordo com Pedro Domingos¹⁶, é uma sequência de instruções que diz a um computador o que ele deve fazer. Dessa forma, dados (*input*) são inseridos no sistema que, por meio do algoritmo, passam por uma sequência de passos e obtêm-se um resultado (*output*).

Os algoritmos podem ser programados ou não programados. Os programados são aqueles em que o programador (ser humano) definiu todo o passo a passo que os dados inseridos no sistema vão percorrer para que se chegue ao resultado. Já os algoritmos não programados não recebem do programador esse passo a passo, porque são as máquinas que criam a sequência de passos, esse é o sistema *Machine Learning*. Assim, na aprendizagem de máquina, o *software* recebe os dados e os resultados para assim criar o passo a passo por tentativa e erro. Esse sistema é a mais atual faceta da tão famosa IA.

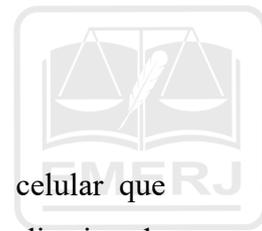
¹² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 147.

¹³ A Virada Tecnológica do Direito Processual, segundo Dierle Nunes, ocorre com a mudança que a tecnologia provoca no direito processual desde o final da década de 1990 e início dos anos 2000, transformação que transcende a mera aplicação instrumental das inovações, ocorrendo uma profunda mudança no Direito, revelando a necessidade de uma releitura de institutos e princípios.

¹⁴ TURING apud NUNES, op. cit. p. 130.

¹⁵ NUNES, op. cit. p. 130.

¹⁶ DOMINGOS apud FERRARI, Isabela. *Justiça Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 72.



Tal inovação já está presente no dia a dia, como, por exemplo, no celular que desbloqueia com a digital do usuário ou com reconhecimento facial; no *Waze*, aplicativo de GPS, quando se mostra o percurso mais rápido; na lista de séries recomendadas pela Netflix, entre outros aplicativos e eletroeletrônicos. Da mesma forma, o sistema já faz parte do cotidiano também dos Tribunais Superiores. Como é o caso do sistema Victor, no STF, e do Sócrates e Athos no STJ.

O projeto Sócrates 1.0 é capaz de identificar casos com matérias semelhantes e pesquisar julgamentos do tribunal que possam servir como precedente para o caso em exame¹⁷. O Sócrates 2.0 pode indicar o permissivo constitucional invocado para a interposição do recurso, os dispositivos de lei violados ou objeto de divergência jurisprudencial e os paradigmas citados para justificar a divergência. Além disso, o programa identifica as palavras mais relevantes no recurso especial (REsp) e no agravo em REsp em “nuvem de palavras” para rápida identificação do conteúdo da peça. A ferramenta também sugere as controvérsias jurídicas potencialmente presentes no recurso, identificando quais delas correspondem a controvérsias afetadas pelo STJ ao rito dos recursos repetitivos.

O Sistema Athos identifica, antes da distribuição, os processos que possam ser submetidos à afetação para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Inclusive, o Athos monitora e aponta processos com entendimentos convergentes ou divergentes entre os órgãos fracionários da corte, casos com matéria de notória relevância e, ainda, possíveis distinções ou superações de precedentes qualificados.

Na prática, segundo Fernanda Lage¹⁸, o Athos faz a análise de 30 mil peças por mês e o Sócrates é capaz de aglutinar processos semelhantes dentro de um total de 100 mil processos em 15 minutos [informação verbal]. O volume de trabalho executado pelos programas de IA são expressivos frente aos do trabalho humano. E diante dos números atuais de processos no Judiciário, o uso da IA se faz mister.

Esses projetos conciliam IA com o sistema de precedentes do CPC/2015. Com o advento do novo código, houve certo frisson acerca da “transição” do direito brasileiro do sistema *civil law* para o *common law*. Porém, cabe destacar que tal afirmação é descabida, como bem explica Alexandre Câmara¹⁹. Primeiramente, porque trata-se não só de sistema jurídico,

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. *Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>>. Acesso em: 07 mar.2022.

¹⁸ LAGE, Fernanda. *Observatório Cyber Leviathan*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WX69C3-IvwA>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre F. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e*

mas de tradição e de como o Direito foi construído em determinada cultura. Ressalta-se ainda que a criação de precedentes do código brasileiro é completamente diversa dos precedentes anglo-saxões. No sistema *common law*, são decisões que *a posteriori* são usadas em outros julgamentos, diferentemente do Brasil, onde por força de lei – nada mais *civil law* do que isso – os precedentes já nascem para sê-lo.

Além disso, o uso de precedentes não é novo no Brasil. Na verdade, já vem se estruturando há cerca de 150 anos, desde o Brasil Império²⁰. A novidade é sua regulamentação, tal como se encontra hoje com indicação de determinadas consequências processuais de acordo com precedentes qualificados relacionados aos casos em exame, como a tutela de evidência, o julgamento liminar de improcedência, a dispensa de remessa necessária, a dispensa de caução, entre outras. A própria CRFB/88 já trazia a Súmula Vinculante e o Controle Concentrado, contribuindo para o reforço da aplicação de precedentes obrigatórios.

O cenário, teoricamente, parece promissor com o uso de *softwares* que proporcionam a aglutinação de processos semelhantes para julgamento conjunto para formação de teses e a indicação de precedentes relativos a cada peça que ingressa no Judiciário, entre outras. Parece ser esse o caminho para a solução das questões atuais de excesso de processos, de demora na decisão e de divergências entre tribunais.

Mas a situação é mais complexa. Afinal, trata-se de uma tecnologia que possui certo grau de opacidade na sua operação, o que pode afetar a transparência, valor tão caro à Jurisdição. Além disso, deve-se garantir que os dados que alimentam o sistema de aprendizagem de máquina não dificultem a evolução da sociedade, a diminuição da desigualdade social e a abertura para a diversidade, controlando e impedindo os possíveis vieses discriminatórios.

Tanto os precedentes como os sistemas de IA trabalham com dados pretéritos para aplicá-los a casos futuros. Trata-se de um sistema que precisa funcionar diante da necessária sintonia entre segurança jurídica, princípios constitucionais do processo e gestão de processos, a fim de se evitar o engessamento do judiciário e da evolução da sociedade. Somado a isso, questiona-se acerca do Juiz robô.

Luiz Felipe Salomão e Caroline Somesom Tauk²¹ esclarecem que “não há nenhum projeto de juiz robô no Judiciário brasileiro – e não existe, até o momento, tecnologia capaz

enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 49-59.

²⁰ Ibid.

²¹ SALOMÃO, Luiz Felipe; TAUk, Caroline Somesom. Objetivos do sistema de inteligência artificial: estamos perto de um juiz robô? *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mai-11/salomao-tauk-estamos-perto-juiz-robo>>. Acesso em: 25 ago. 2022.

desubstituir juízes por robôs na experiência mundial”. O Ministro do STJ e coordenador-geral do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário (Ciapj) da Fundação Getúlio Vargas (FGV Conhecimento) e a Juíza Federal e coordenadora acadêmica do mesmo centro informam que há quatro grupos principais de modelos computacionais e que dois deles auxiliam na atividade-fim do Judiciário. Atestam que em nenhum projeto há tomada de decisão pela máquina, interpretação de textos legais ou argumentação jurídica.

Em que pesem tais afirmações, baseadas em pesquisa do Ciapj, os autores não negam que a prática possa ocorrer no futuro. Salomão e Tauk²² ressaltam que “[...] tais modelos geram a preocupação relativa ao alto risco gerado, sobretudo riscos discriminatórios, a exigir cautela e controle na sua eventual adoção”.

Dessa forma, fica claro que, atualmente, os modelos computacionais dão somente suporte ao juiz na sua função jurisdicional, por exemplo, quando buscam jurisprudência. Contudo, diante do Sistema de Precedentes do CPC de 2015, já se imagina o cenário de indicação pela máquina do precedente vinculante correspondente a um caso concreto, promovendo uma decisão automatizada. Mas essa tarefa não é simples. Luís Manoel Borges do Vale²³ evidencia que os precedentes devem ser criados e também aplicados dentro de um modelo cooperativo de processo. Tal modelo ressalta a importância do contraditório substancial para construção da decisão. Assim, não se pode reduzir a necessidade de um processo participativo somente para o julgamento que criará um precedente vinculante e aplicá-los a casos de forma automática. A aplicação do precedente também requer a atividade hermenêutica segundo os princípios processuais.

Sobre isso, Vale²⁴ afirma que “as reduções aplicativas dos precedentes judiciais, através de ferramentas de inteligência artificial, ignoram o natural caminho discursivo para a constitucional incidência da decisão-quadro”. Dessa forma, o autor ressalta a importância da aplicação do precedente vinculante. Mas não afirma a impossibilidade de aplicação automatizada de padrões decisórios vinculantes. Pelo contrário, o autor traz uma alternativa, defende a construção cooperativa do algoritmo, para que a aplicação automática de precedentes obedeça às normas processuais fundamentais e o devido processo legal tecnológico, possibilitando, por exemplo, a distinção.

²² Ibid.

²³ VALE, Luís Manoel Borges do. A busca por um modelo cooperativo de construção algorítmica e o problema da aplicação automatizada de padrões decisórios vinculantes. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 447-464.

²⁴ Ibid.

Por outro lado, Streck²⁵ critica os defensores do uso dos algoritmos na função jurisdicional e afirma que “a aposta nos algoritmos depende da pretensão de cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto – depende, pois, de inadequadas contraposições [...]. Não se pode cindir o que é incindível [...]”. Assim, Streck²⁶ mostra sua preocupação com o uso da tecnologia, inclusive, quando defendem o emprego de algoritmos para *easy cases* (casos fáceis) e não para *hard cases* (casos difíceis), porque seria um erro acreditar na cisão entre eles. E ainda ressalta que a solução dada quanto à construção de um algoritmo de forma adequada seria estar à espera do *Grundalgoritmo*, fazendo referência à norma fundamental de Kelsen. O autor acrescenta que apostar nos algoritmos é negligenciar a autonomia que o Direito deve ter.

Em que pesem as pertinentes críticas ao uso da tecnologia no Direito, não se pode olvidar que os números do Judiciário brasileiro mostram que se faz necessária uma solução condizente com o volume de processos, entre outros problemas já descritos. Além disso, deve-se levar em consideração a limitação humana para trabalhar com o altíssimo número de processos e de precedentes que surgem diariamente no país.

Cabe a reflexão quanto ao uso da tecnologia aliada ao Sistema de Precedentes. O Direito é uma ciência humana, que se desenvolve e se transforma com a evolução humana. A tecnologia, também obra do ser humano, vem a auxiliar, mas, obviamente, uma máquina não ditará os caminhos da humanidade. Pois algo essencialmente humano é o *overruling* (superação). Uma máquina pode indicar os dispositivos ou precedentes, minutar, mas ela só trabalha com dados humanos. Logo, ideias e decisões humanas são a matéria-prima. Todo o seu desenvolvimento percorre os ditames do pensamento humano.

Assim, o que vincula nos precedentes é a *ratio decidendi* (fatos determinantes) dada pelo juiz humano, e a partir dela discute-se o *distinguishing* (distinção) e o *overruling*, que, por sua vez, será guiado pela evolução da sociedade. A evolução do pensamento humano constrói o Direito e constrói o Futuro.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Um robô pode julgar? Quem programa o robô? *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

²⁶ Ibid.

3. DILEMAS DA REGULAMENTAÇÃO DO USO DA IA: ÉTICA, TRANSPARÊNCIA E *ACCOUNTABILITY* NOS LIMITES DA PRIVACIDADE E DA SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

O avanço da tecnologia vem alterando as relações jurídicas e tornando-as cada vez mais complexas, o que faz com que a legislação fique muito aquém dos desafios que estão por vir. A regulação se faz necessária, já que a IA já está sendo usada por diversos setores e vários são os dilemas que se apresentam no controle de tratamento de dados, entre eles: publicidade *versus* privacidade, ambos caros valores constitucionais presentes no artigo 5º da CRFB.

Há uma linha tênue entre esses axiomas. Se, por um lado, garante-se a privacidade, por outro, diminui-se a transparência e dificulta-se a *accountability*²⁷. Quando se abre para o conhecimento público, há, muitas vezes, a violação da privacidade. A regulamentação deve equilibrar esses aspectos.

Em se tratando de processos judiciais, por exemplo, prevalece no Brasil o princípio da publicidade, contudo, somente em casos excepcionais, o sigilo é garantido. A transparência e a publicidade são valorizadas pelo Poder Judiciário na medida em que permitem avaliação, auditoria e responsabilização. Necessita-se da transparência para se evitar arbitrariedades. Desde a redemocratização do país, nos anos 80, com o fim da ditadura militar, a publicidade e a transparência tornaram-se valores de alto relevo, e a tendência, até hoje, da Suprema Corte é de ponderação de princípios no sentido de pesar mais para a publicidade e menos para a privacidade. Todavia, cabe ressaltar que, com o imenso volume de dados e com o avanço tecnológico, há um sério incremento do risco para os titulares de dados, que podem ser colacionados em informações que montam perfis pessoais que podem, em momento futuro, gerar violações de direitos fundamentais.

Como bem afirma o Ministro Barroso²⁸ em decisão da ADI nº 5371, “a regra no Estado democrático de Direito inaugurado pela CRFB de 1988 é a publicidade dos atos estatais, sendo o sigilo absolutamente excepcional. Somente em regimes ditatoriais pode ser admitida a edição ordinária de atos secretos, imunes ao controle social.”

Afinal, os dados que hoje parecem espalhados e perdidos na *web* poderão compor um perfil digital de uma determinada pessoa que, por sua vez, poderá ser usado sob um viés

²⁷ A *accountability* é compreendida como o conjunto de processos, procedimentos e valores atrelado a um ideal de responsabilização e de controle dos governos, que se realiza nas condições de regimes políticos democráticos e é viabilizada pela concretização do princípio da publicidade.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5371. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur461593/false>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

discriminatório, seja quando procurar uma vaga de emprego, seja quando for solicitar um financiamento ou ainda contratar um plano de saúde. Percebe-se, por conseguinte, que o tratamento de dados pode limitar o acesso do cidadão a bens e direitos.

A Lei nº 13.709/2018 (Lei de proteção de dados pessoais -LGPD) surge nesse contexto, assim como a Lei nº 14.129/2021 (Lei do Governo Digital). Todavia, o Brasil ainda não possui uma regulamentação específica sobre a IA. Na tentativa de diminuir esse vácuo legislativo, pelo menos no Poder Judiciário, o CNJ editou a resolução nº 332/2020.

Tanto a LGPD como a Resolução nº 332 do CNJ regulamentam assuntos sensíveis. A Resolução nº 332 do CNJ trata de ética, transparência e governança na produção e no uso da IA pelo Poder Judiciário e mostra preocupação com as decisões judiciais apoiadas em IA, como é observado na lista de considerandos:

CONSIDERANDO que as decisões judiciais apoiadas pela Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade, a solidariedade e o julgamento justo, com a viabilização de meios destinados a eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos.²⁹

A LGPD está direcionada a tutelar dados pessoais que são fornecidos a todo momento, seja para fazer compras, presenciais ou *on-line*, seja para inscrição em algum curso ou academia. As pessoas estão cotidianamente fornecendo seus dados pessoais para as mais diversas atividades.

Essa lei também está direcionada ao Poder Público, pois se dirige a todos que coletam dados no território nacional. Assim, é preciso que o Poder Judiciário se preocupe mais especificamente com a segurança dos dados dos jurisdicionados já que o acervo de informações é gigantesco e público na sua maioria.

Esse assunto não é pacífico no cenário internacional. A França editou a lei 2019-222, que traz como regra a anonimização nos processos, proibindo a divulgação de nome e sobrenome das partes. Além disso, em alguns casos, também se omite o nome dos servidores e magistrados, além de informações nos autos que seriam capazes de ofertar a identificação das pessoas como, por exemplo, o endereço. E não se limitou a isso. Como já relatado em capítulo anterior, a França também criminalizou a conduta de reuso de dados, isto é, de usar dados de processos, decisões e magistrados para estudos estatísticos, jurimétricos e preditivos. Observa-se um forte ceticismo por parte dos franceses frente aos avanços tecnológicos. Chegando ao extremo de incluir as práticas jurimétricas, relativamente comuns no Brasil, no

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 332*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

rol de crimes com pena de até 5 anos de reclusão.

Como relata Guedes Nunes³⁰ acertadamente, em crítica à lei francesa, “a análise do comportamento judicial permite ao Judiciário e à sociedade entender como esses vieses interagem com os fatos e as normas jurídicas para conformar as decisões. Permite identificar vieses indesejados, atribuindo transparência e legitimação ao funcionamento da Justiça”.

No Brasil, segundo o Ministro Villas Bôas Cueva³¹, a discussão acerca do uso ou não da tecnologia já se encontra ultrapassada e, no momento, as forças se concentram na regulamentação do uso da IA. O ministro preside uma Comissão de 18 juristas que debaterão o assunto em 4 Eixos Temáticos de discussão para subsidiar o Senado, que recebeu da Câmara dos Deputados o PL 21/2020. Tal projeto visa regulamentar o uso da IA, porém, sua aprovação na Casa recebeu severas críticas, entre elas, o fato de seu texto não ter aplicabilidade e possuir certas atecnias quanto à matéria de IA.

Diante desse cenário, foi formada a CJSUBIA (Comissão de Juristas)³², com participação de profissionais de diversas áreas que discutirão entre si e em audiências públicas com a finalidade de subsidiar o Senado com informações técnicas para uma regulamentação mais satisfatória. Entre as discussões estão: criação da pessoa eletrônica, metaverso, responsabilização, privacidade e segurança.

Como bem ressalta Cueva³³, não há como prever todos os conflitos que surgirão, por isso, é preciso uma base principiológica, para que os magistrados tenham um arcabouço para julgar os casos envolvendo IA.

A questão da transparência não entra em embate somente com a questão da privacidade do cidadão, mas também diz respeito ao direito à explicação e à oposição de decisões totalmente automatizadas. Como ressalta Ana Frazão³⁴, o art. 20³⁵ da LGPD objetiva proteger o cidadão

³⁰ NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando; TRECENZI, Julio. A lei francesa de acesso a dados judiciários: Algumas reflexões. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/304441/a-lei-francesa-de-acesso-a-dados-judiciarios--algumas-reflexoes>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

³¹ Entrevista concedida por Ministro Villas Bôas Cueva ao programa Entender Direito, em abril de 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Entender-Direito-debate-a-regulamentacao-da-inteligencia-artificial-no-Brasil.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

³² CJSUBIA, Comissão de Juristas. *Finalidade*: Subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei nºs 5.051, de 2019, 21, de 2020, e 872, de 2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2504>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

³³ Entrevista concedida por Ministro Villas Bôas Cueva ao programa *Entender Direito*, em abril de 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Entender-Direito-debate-a-regulamentacao-da-inteligencia-artificial-no-Brasil.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

³⁴ FRAZÃO, Ana. *O direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-direito-a-explicacao-e-a-oposicao-diante-de-decisoes-totalmente-automatizadas-05122018>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

³⁵ Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em

das decisões automatizadas, garantindo o direito de solicitar informações de como se chegou àquela decisão e ainda o direito de oposição à decisão e de solicitar revisão por pessoa natural, além de peticionar por auditoria.

O que não é assim tão garantido, pois o próprio art. 20 traz em seu §2º a proteção do direito industrial e comercial. O que o *caput* fornece, o §2º retira, que é a garantia de o cidadão obter todas as informações acerca das decisões. O que traz sérias críticas e discussões acerca de decisões judiciais automatizadas.

A conciliação entre privacidade e transparência já traz grande discussão. Tal debate é muito profundo até com tecnologias simples, como a transmissão televisionada de julgamentos do STF. A Corte Constitucional é a única no mundo que transmite seus julgamentos ao vivo e, frente a essa excessiva publicidade, tal prática possui defensores e críticos.

Para Didier³⁶, não se deve retroceder e a transmissão dos julgamentos devem continuar, mas ressalta a imaturidade por parte da Corte no uso da tecnologia. Defendendo a transparência, afirma que “em um sistema de precedentes obrigatórios, como o brasileiro, a publicidade ganha contornos ainda mais peculiares e importantes. Todo processo passa a ser de interesse de várias pessoas, pois dele pode resultar um precedente aplicável a casos atuais e futuros. É por isso que o §5º do art. 927 impõe aos tribunais o dever de dar publicidade aos seus precedentes”³⁷.

Na contramão da defesa da transmissão dos julgamentos, a crítica de Alexandre Câmara³⁸ se faz pertinente, já que o debate a portas fechadas e com mais tempo contribuiria para uma discussão mais profunda e ampla, proporcionando maior legitimidade para as decisões que se tornariam verdadeiramente colegiadas, e não o espetáculo de leitura televisionada de votos.

Sejam tecnologias já consagradas, sejam as recentes, todas trazem desafios que demandam muito estudo, debate e parcimônia, para que as instituições e os cidadãos não se enfraqueçam. Pelo contrário, que sejam instrumentos de efetivação de direitos. Entre os extremos entre a publicidade e a opacidade de dados e decisões, encontra-se um ponto de

tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. § 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial. § 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 91-92.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

equilíbrio que ainda se busca.

Portanto, a conciliação entre publicidade e privacidade são permeados por diversos outros direitos e garantias. O que deve direcionar o debate são os valores constitucionais, seus fundamentos e o fim real a que se destinam: o ser humano. Afinal, a IA não é um fim em si mesma, foi criada para apoiar e auxiliar as atividades humanas. Faz-se mister uma regulamentação apta a proporcionar espaço para a inovação tecnológica com a segurança precisa, suficiente e preventiva no uso da IA nos mais diversos setores para garantir a não violação de direitos fundamentais e a não discriminação.

CONCLUSÃO

O ser humano vem, ao longo de sua história, fantasiando sobre o desenvolvimento tecnológico e de como seria o futuro. Mas, com o desenvolvimento da IA, as fantasias e o imaginário ao redor dos temas de ficção científica parecem tomar mais forma, mais corpo.

Carros autônomos, drones, *softwares* capazes de vencer um campeão de xadrez, de diagnosticar doenças, identificar rostos em uma multidão. A humanidade chegou ao ponto de se questionar mais seriamente se a criatura poderia dominar o criador.

Deixando de lado devaneios *a la Jetsons*, imperioso é debruçar sobre questões que batem à porta. Muitos juristas deixam de lado a discussão acerca do Direito Digital e IA, como se tal discussão fosse à parte do Direito e da Academia. Mas, quanto ao Direito Digital e a IA, é o momento de serem levados a sério. A tecnologia permeia ou permeará todas as facetas do Direito em pouco tempo. Ocorre uma virada tecnológica no Direito Processual que transformará parte do arcabouço principiológico atual.

A IA já é uma realidade em vários Tribunais. A tendência é de um não retorno à rotina pré-pandêmica. Isto é, cada vez mais as tecnologias vão sendo absorvidas pela rotina do Judiciário e dos operadores do Direito. O Brasil já deu a largada na corrida pela regulamentação e muito há de ser feito.

O Sistema de Precedentes do CPC/2015 tem muito a ganhar com a IA, mas também corre muitos riscos. Os magistrados lidam hoje com alto volume de processos e de precedentes que crescem em velocidade que o humano, sem ajuda das máquinas, não é capaz de gerir.

Por isso, desponta-se um grande problema e uma grande oportunidade de o Judiciário Brasileiro aperfeiçoar a forma como oferece sua função jurisdicional, seja unificando os projetos de IA de todos os Tribunais, harmonizando os sistemas de processo eletrônico, coordenando projetos de gestão de casos repetitivos e de fornecimento de informação de

precedentes aplicáveis quando os magistrados estão recebendo cada caso concreto. E ainda reforçando o controle dos dados a fim de garantir publicidade limitada, com requisitos para liberação de dados para que os dados possam ser auditados, mas não usados indiscriminadamente, garantindo a privacidade e a não discriminação.

É nesse contexto que se espera que os debates na CJSUBIA avancem para conciliar o projeto de lei com os direitos e garantias fundamentais, fazendo com que a IA exerça a função causa de sua criação, que é aprimorar o desenvolvimento da vida humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2021*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 332*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5371*. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur461593/false>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. *Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>> Acesso em: 07 mar. 2022.

CÂMARA, Alexandre F. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

CJSUBIA. *Comissão de Juristas*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2504>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Inteligência Artificial no Judiciário. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.

CUEVA, Villas Bôas. *Entrevista concedida ao Programa Entender Direito, em abril de 2022*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Entender-Direito-debate-a-regulamentacao-da-inteligencia-artificial-no-Brasil.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

DOMINGOS apud FERRARI, Isabela. *Justiça Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana. *O direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-direito-a-explicacao-e-a-oposicao-diante-de-decisoes-totalmente-automatizadas-05122018>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

LAGE, Fernanda. *Palestra proferida por Fernanda Lage ao Observatório Cyber Leviathan*, em 17 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WX69C3-IvWA>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

MARSHALLOWITZ, Sofia. *Análise Preditiva. O que pretende a França em proibir a jurimetria? Governo Francês proibiu publicação de informações estatísticas sobre as decisões dos juízes*. Reportagem veiculada por JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-pretende-a-franca-em-proibir-a-jurimetria-18062019>>. Acesso em: 28 set. 2021.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. *Jurimetria, tecnologia e Direito Processual*. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando; TRECENTI, Julio. *A lei francesa de acesso a dados judiciais: algumas reflexões*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/304441/a-lei-francesa-de-acesso-a-dados-judiciarios--algumas-reflexoes>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Que venham logo os intelectuais para ensinarem aos especialistas*. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/senso-incomum-venham-logo-intelectuais-ensinarem-aos-especialistas>>. Acesso em: 28 set. 2022.

_____. *Um robô pode julgar? Quem programa o robô?*. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

TURING apud NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

VALE, Luís Manoel Borges do. *A busca por um modelo cooperativo de construção algorítmica e o problema da aplicação automatizada de padrões decisórios vinculantes*. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL: A EXIGÊNCIA DA CONFISSÃO PREJUDICA O INVESTIGADO?

Viviane Papazian de Oliveira e Silva

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais. Advogada. Pós-graduada em Crianças, Adolescentes e Famílias pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o presente trabalho de conclusão de curso aborda o novo instituto de descarcerização introduzido pela Lei nº 13.964/2019, o acordo de não persecução penal - ANPP. Com a necessidade de reduzir a demanda judicial, houve a implementação desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, com o surgimento de dúvidas quanto a sua aplicabilidade nos casos concretos diante dos requisitos previstos no novel legal, dentre eles a exigência de o investigado confessar a prática do fato criminoso o qual lhe é imputado. Diante da divergência doutrinária, bem como pela falta de jurisprudência consolidada diante do pouco tempo em vigor, o artigo retrata a necessidade da adoção de outros mecanismos fora a judicialização, dentre eles o ANPP e as discussões práticas envolvendo o requisito da confissão.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Confissão. Acordo de Não Persecução Penal. Justiça Consensual. Medida Despenalizadora.

Sumário – Introdução. 1. A Justiça Consensual Penal no Brasil e seus Instrumentos. 2. O acordo de não persecução penal com o advento da Lei nº 13.964/19. 3. Discussões jurídicas sobre a constitucionalidade da confissão no ANPP. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa científica discute sobre a constitucionalidade da confissão exigida no acordo de não persecução penal. Tendo em vista o novo instituto ainda causar grandes repercussões na doutrina e jurisprudência brasileiras, um dos debates de maior relevância surge com a dúvida sobre a possibilidade de se exigir a confissão do indiciado para propositura do benefício, ou se isso poderia acarretar prejuízo para ele.

Com a criação do Código Penal de 1940, foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro modelos de liberdade que buscassem privilegiar o direito de ir e vir de pessoas infringentes da lei penal. Esses institutos, alguns previstos, por exemplo, na Lei nº 9.099/1995 a qual instituiu a criação do Juizado Especial Criminal, fazem parte de um movimento pela busca da

descarcerização, consistente na utilização de métodos alternativos a penas privativas de liberdade, tendo o Brasil destaque internacional por estar no ranking entre os países com o maior quantitativo de população carcerária.

Aliada a esse objetivo está a busca pelo consenso nos processos criminais, com vistas a diminuir o tempo de tramitação das ações penais por meio de resoluções de conflitos em que haja concordância entre os envolvidos quanto ao desfecho, com uma solução mais construtiva, privilegiando o caráter educativo da pena.

Buscando novos mecanismos que assegurem os objetivos acima expostos, o legislador brasileiro inseriu um novo instituto na legislação processual penal brasileira: o acordo de não persecução penal - ANPP.

A reforma parcial promovida pela Lei nº 13.964/2019 tem como intenção principal a não instauração de processo desde que o Ministério Público e o imputado cheguem a um acordo. Todavia, para que o investigado não enfrente o tramite da ação penal caso seja possível a proposição do benefício, um dos requisitos é a confissão formal e circunstancial da prática da infração penal, ponto central que será abordado no trabalho.

Ainda que se trate de método de desvio da persecução penal em juízo, o descumprimento das condições pactuadas no momento do acordo ensejariam o transcurso da ação penal, bem como a tese defendida por alguns doutrinadores de que a confissão obtida poderia ser meio de validação de eventuais provas produzidas em contraditório judicial. No entanto, existe a discussão sobre a violação dos direitos de o acusado permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si mesmo, previstos em tratados internacionais e na própria Constituição.

A relevância desse trabalho científico é estabelecer se a exigência da confissão para eventual benefício do ANPP está de acordo com os princípios e regramentos garantidos pela legislação pátria, assegurados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

O primeiro capítulo será destinado a tecer uma análise sobre a justiça negocial no Direito Penal brasileiro, desde a sua implementação no ordenamento jurídico até sua utilização atualmente, bem como fazer uma breve abordagem dos institutos descarcerizadores prévios ao ANPP.

O segundo capítulo será destinado à medida despenalizadora introduzida pela Lei nº 13.964/2019, o acordo de não persecução penal, narrando quais os requisitos deverão ser atendidos para sua fruição, para quem pode ser concedido, o que acontecerá em caso de descumprimento por parte do investigado e demais abordagens pertinentes sobre o instituto que contribuirão para melhor

entendimento do questionamento levantado no trabalho.

No terceiro capítulo serão destacadas as posições de maior relevância sobre as atuais controvérsias na doutrina acerca da confissão como requisito necessário para o oferecimento do ANPP em benefício do investigado e sobre os possíveis impactos que a confissão pode ter no caso de descumprimento das exigências feitas pelo Ministério Público.

Os debates serão levantados pelo método hipotético-dedutivo, buscando uma melhor análise das críticas existentes sobre a questão e suas consequências, como também demonstração de argumentos que defendam a validade ou não das teses abordadas.

Haverá pesquisa básica com intuito de destrinchar os argumentos existentes, debater a eficácia na prática e dirimir os problemas na aplicação do instituto nos casos concretos, sendo as constatações realizadas por pesquisas documentais e bibliográficas na fase exploratória do trabalho.

1. A JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL NO BRASIL E SEUS INSTRUMENTOS

A justiça consensual, no ordenamento jurídico brasileiro, possui relevante efetividade na esfera processual penal. Além de procurar resolver questões atinentes a morosidade processual e sobrecarga do sistema judiciário, permite que sejam ofertadas soluções por intermédio de acordo entre acusação e defesa em relação a crimes de menor potencial ofensivo. É o que está expresso no artigo 98, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹.

Como ensina Nucci², o instituto da transação penal, previsto no dispositivo referenciado, é aplicável em crimes de menor potencial ofensivo, abrangendo as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima prevista não seja superior a 2 (dois) anos de reclusão, desconsiderando-se eventual cominação com pena de multa.

Para regulamentar o processamento e julgamento desses crimes, no ano de 1995 entrou em vigor a Lei nº 9.099³ a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais. Seguindo o entendimento de Piske⁴ em exposição realizada há 14 (quatorze) anos mas ainda extremamente

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 780-782.

³ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁴ PISKE, Oriana. *Juizados Especiais no Brasil - Parte II*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e->

pertinente nos dias atuais, há inviabilidade de recursos materiais, humanos e financeiros para suportar os gastos advindos do modelo clássico de punição por parte do Poder Judiciário.

O modelo clássico de punição, quando a pena começa a recair sobre a liberdade do indivíduo, conforme nos ensina Oliveira⁵, nasce no século XIX e é nesse período em que nascem os discursos jurídicos de princípios e a imposição da humanização da pena. Assim, a dinâmica do sistema penitenciário passa a ser regida por princípios fundamentais.

Com vistas a evitar esse modelo de encarceramento, a lei inovou ao instituir modelos alternativos de resolução de conflitos e a justiça restaurativa, adotando-se ritos especializados e saídas alternativas ao andamento do processo. Nesses métodos, as partes possuem maior autonomia para estabelecer um acordo sobre a melhor forma de solucionar o conflito, fundada no princípio da autonomia da vontade das partes.

Dessa maneira, o órgão julgador não intervém durante o trâmite do acordo, conferindo ampla liberalidade entre acusação e defesa e, em alguns casos, até com a participação da vítima, a exemplo das audiências de conciliação, cabendo ao representante do Estado-Juiz tão somente formalizar os termos do acordo.

Diante dessa sistemática, Prado⁶ analisa a intervenção mínima com o avanço da justiça penal consensual, em que o legislador redefine os casos de tipos penais considerados mercedores de intervenção penal, de modo que caminha-se para um movimento de descriminalização, reconhecendo a gravidade das consequências geradas pela imposição de penalidades criminais.

Importa salientar que a possibilidade ou não de celebrar um acordo é faculdade das partes. Embora o Ministério Público seja regido pelo princípio da obrigatoriedade, a legislação é expressa no sentido de que é facultativo ao *parquet* o oferecimento do acordo ou não, devendo ser analisado no caso concreto o preenchimento dos requisitos exigidos em lei. No mesmo sentido cabe ao acusado aceitar ou declinar do acordo ofertado.

Assim, a nova lei sobre os Juizados Especiais contribuiu para a melhora da esfera penal. É o que conclui Zimiani⁷:

entrevistas/artigos/2008/juizados-especiais-no-brasil-parte-ii-juiza-oriana-piske>. Disponível em: 10 jan. 2022.

⁵ OLIVEIRA, Natacha Alves de. *Criminologia*. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 31-34.

⁶ PRADO, Geraldo. *Justiça Penal Consensual*. In: _____. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 81-100.

⁷ ZIMIANI, Gustavo Bertho. *Justiça Penal Consensual e a Lei nº 9.099/95*. Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/justica-penal-consensual-e-a-lei-no-9-099-95/>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

[...] a criação dos Juizados Especiais Criminais, com a instituição de uma política de despenalização e de descarcerização, voltada às infrações penais de menor potencial ofensivo, constituiu importante avanço legislativo, desonerando o Estado do processo e da aplicação de sanção ao infrator, seja pelos princípios que a norteiam, seja pela introdução das medidas despenalizadoras analisadas no presente trabalho, quais sejam: composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo.

O artigo 62 da Lei nº 9.099/95⁸ estabelece que sempre que possível será objetivada a reparação dos danos sofridos pela vítima que podem ser de caráter material, moral ou estético. Tal possibilidade foge do modelo clássico de Justiça Criminal. Gomes⁹ afirma que esse modelo visa tão somente a concretização do Estado na pretensão punitiva, desconsiderando as consequências advindas do crime na vida da vítima.

Em um primeiro momento será realizada a audiência preliminar, na qual o juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição civil dos danos e aceitação da proposta com aplicação de pena não privativa de liberdade ou mediante procedimento de conciliação. Em caso de acordo, a composição civil deverá ser celebrada entre os interessados e homologada, concedendo a vítima um título judicial e ao ofensor a extinção da punibilidade pela renúncia nos casos de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação. Quando não houver a composição civil, o ofendido poderá exercer seu direito de representação.

Nos casos em que houver representação e em se tratando de ação penal pública incondicionada, será possível a transação penal, podendo o Ministério Público propor aplicação imediata de pena restritiva de direitos e multa, especificado na proposta, dispensando possível instauração de processo penal.

Nota-se que essa hipótese é de livre arbítrio do Ministério Público que poderá optar por não realizar proposta. É um caso de discricionariedade regrada, vez que para a concessão do benefício, deverão ser observados os requisitos legais previstos no artigo 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95¹⁰. Ressalta-se que o procedimento cabível quando não há oferta da transação por parte do Ministério Público, atualmente, encontra divergência doutrinária. Com o advento do denominado “Pacote Anticrime”, Lei nº 13.694/19¹¹, surge o questionamento sobre se o juiz pode conceder ou não o

⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal: o novo modelo consensual de justiça criminal*: Lei 9.099, de 26.9.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 109-111.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

benefício quando não houver manifestação do titular da ação. No entanto, esse tema não cabe ser aprofundado no presente trabalho.

Outra inovação inserida com a Lei dos Juizados Especiais é a possibilidade da suspensão condicional do processo. O artigo 76 estabelece as condições para sua concessão. Assim, quando oferecida a denúncia, o Ministério Público irá propor ao denunciado que cometeu crime com pena mínima igual ou inferior a um ano a suspensão do processo pelo período entre dois a quatro anos quando o acusado não estiver sendo processado ou não tiver sido condenado por outro crime, cumulando os requisitos com os previstos no artigo 77 do Código Penal¹².

O cumprimento dos requisitos exigidos na proposta extinguirá a punibilidade do acusado, não podendo mais o Estado exercer a pretensão punitiva sobre o fato descrito na denúncia. Dessa forma, ambas as partes cedem, a medida que o Estado não mais prosseguirá com a persecução penal e o acusado disporá de alguns direitos e deveres.

Imperioso reconhecer a revolução ocasionada no ordenamento jurídico brasileiro após a introdução da Lei dos Juizados Especiais que serviu como marco inicial para que o legislador passasse a adotar métodos consensuais de resolução de conflitos.

Após, novas leis foram elaboradas, inserindo outros institutos alternativos à cominação de pena, como é o caso da colaboração premiada como acordo, possibilidade de acordos de leniência e autocomposição e arbitragem pela Administração Pública, bem como a inserção legal do acordo de não persecução penal que será estudado adiante.

2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.964/19

Um dos princípios que norteia o sistema processual penal é o princípio da obrigatoriedade da ação penal, a qual, nas lições de Nucci¹³:

Significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora da ação pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente a denúncia.

¹² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

¹³ NUCCI, op. cit., p. 90.

Respeitando esse princípio e seguindo o texto da Constituição¹⁴ em seu artigo 129, inciso I, compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública.

Para além do que dispõe o princípio da obrigatoriedade, cabe ao órgão acusador guiar a ação penal prezando pela intervenção mínima do sistema penal já que, conforme dito oportunamente, o modelo punitivo outrora adotado tornou-se economicamente insustentável e inviabilizava a eficiência na persecução penal.

Para tanto, o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, buscando permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo próprio *parquet*, entendeu pela necessidade de modernizar as investigações com escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um modelo de investigação burocrata, centralizado, sigiloso e que privilegiava determinadas pessoas e grupos. Entendeu também pela necessidade de adoção de soluções alternativas no Processo Penal, que proporcionem celeridade na resolução de casos menos graves, minorando os efeitos prejudiciais de uma sentença penal condenatória ao acusado e a todo sistema processual penal. Expediu, assim, a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017¹⁵.

Esse ato normativo inovou em seu artigo 18, alterado posteriormente pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018¹⁶, trazendo os requisitos e tratativas referentes ao acordo de não persecução penal - ANPP, inserido posteriormente na legislação processual penal brasileira pela Lei nº 13.964/19¹⁷, denominada “Pacote Anticrime”.

Esse instituto foi criado como mecanismo de resolução de conflito, conferindo tratamento negociado entre o titular da ação penal, o Ministério Público, e o autor de delito de média potencialidade lesiva com a finalidade de evitar aplicação de penalidade mais gravosa, ou seja, evita-se a imposição de pena privativa de liberdade.

Nota-se que o ANPP possui natureza dúplice, já que ao mesmo tempo em que constitui um benefício processual, também possui inequívoca natureza de acordo¹⁸.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. *O controle jurisdicional de legalidade da oferta de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público*. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/depeso/341671/oferta-de-acordo-de-nao-persecuacao-penal>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

No entanto, para que seja oferecido ao autor do fato criminoso, a legislação exige o cumprimento de determinados requisitos que estão previstos no artigo 28-A do Pacote Anticrime, a saber: necessidade de confissão formal e circunstanciada, crime cometido sem violência ou grave ameaça, pena mínima inferior a quatro anos. Há discussão se o Ministério Público deve propor o acordo sempre que o investigado atender as exigências previstas na lei.

Em se tratando de um instrumento de política criminal de avaliação discricionária, o que não se pode é ser aplicado de maneira arbitrária, ainda que o legislador tenha optado por mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em outras palavras, por sua finalidade de evitar o encarceramento de pessoas investigadas por crimes de médio potencial ofensivo, não pode servir como meio de evitar a justiça consensual e servir para posterior encarceramento.

Desse modo, tem-se que preenchidos os requisitos legais, a celebração do acordo é o caminho ideal para evitar sanção mais gravosa. Por outro lado, caso os requisitos não sejam atendidos, a conclusão é que o acordo não é suficiente e necessário à reprovação e prevenção do crime¹⁹.

Preenchidas as exigências, o titular da ação penal poderá sugerir as seguintes condições de maneira cumulativa ou alternada: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima quando possível, renunciar voluntariamente bens e direitos provenientes do crime, prestar serviços à comunidade ou entidades públicas por período correspondente à pena cominada ao delito diminuída de um a dois terços, pagar prestação pecuniária e/ou cumprir outra condição indicada pelo Ministério Público por prazo determinado.

Vale ressaltar as hipóteses em que o acordo não é oferecido, ainda que preenchidas as condições legais: quando cabível transação penal, se o investigado for reincidente ou houver elementos que indiquem conduta criminal habitual, exceto as insignificantes, se o agente foi beneficiado por ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração e nos crime praticados no âmbito da violência doméstica ou familiar.

Tendo as partes chegado a um consenso sobre os termos do acordo, deverá ser formalizado por escrito e homologado em audiência para que o juiz verifique a legalidade da atuação ministerial. Em sendo suficientes, partirá para o júízo de execução criminal.

¹⁹ PEREZ, Sthepanie Carolyn; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. *O controle judicial na recusa do MP ao oferecimento da proposta de ANPP*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-19/opinioao-controle-judicial-recusa-mp-oferecimento-anpp>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Cumpridas as obrigações estabelecidas no acordo, cabe ao juiz que o homologou decretar extinta a punibilidade do beneficiado, decisão essa que possui natureza declaratória, já que é o juiz quem faz a análise da legalidade e regularidade do cumprimento do acordo²⁰.

No entanto há a possibilidade de o acordo não ser cumprido. Nessa hipótese, a vítima deverá ser intimada e o Ministério Público deverá comunicar ao juízo para sua rescisão e posterior oferecimento da denúncia e poderá servir como justificativa para eventual não oferecimento da suspensão condicional do processo.

Diante dessa possibilidade, surge o debate sobre a possibilidade ou não da utilização da confissão formal e circunstanciada, do agora réu, para embasar a pretensão punitiva da acusação.

Ocorre que as controvérsias sobre a exigência da confissão não se esgotam nessa problemática e nem tão somente em ferir princípios processuais penais, mas também por possivelmente afrontar princípios a nível constitucional, o que será problematizado a seguir.

3. DISCUSSÕES JURÍDICAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO NO ANPP

Conforme já mencionado, somente será possível a proposta de ANPP se o investigado voluntariamente confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal. Não sendo a confissão simples, voluntária, formal e circunstanciada, será incabível a propositura desse benefício por não preencher os requisitos estabelecidos em lei.

Diante desse requisito, surge o questionamento: a confissão exigida para o ANPP afronta direitos constitucionais?

A resposta é não. No que tange o direito do investigado de permanecer em silêncio, ele tem ampla liberdade de confessar ou não o ato delituoso. Em outras palavras, o acusado tem a faculdade de escolher ficar calado ou confessar detalhadamente sobre o ato delituoso, respeitando a autonomia da vontade da parte, assegurando o direito de o investigado poder escolher seu destino. Ao escolher pela não elaboração do ANPP corre-se o risco de a sanção punitiva implicar em restrição de sua liberdade, que consiste em um direito disponível, cabendo ao seu titular sopesar as suas tomadas de decisão e suas possíveis consequências, de modo que esteja assistido por defesa

²⁰ PAULINO, Galtiênio da Cruz. *O ANPP e a extinção da punibilidade pelo cumprimento das obrigações*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-12/galtienio-paulino-anpp-extincao-punibilidade#author>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

técnica a quem cabe sanar qualquer tipo de dúvidas que possam surgir.

No mesmo sentido entende Cabral²¹ que afirma que a confissão não fere o direito ao silêncio por não haver coação para que o investigado a faça, sendo assegurado um espaço de liberdade em torno de um consenso.

Cunha e Habib²² esclarecem que o fato de o investigado confessar para ser beneficiado pelo ANPP não ofende o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88²³. A presunção de inocência somente desaparece com o devido processo legal que termine em condenação definitiva. Não havendo processo e não havendo sentença, não há afronta a tal princípio.

Ainda dando atenção ao entendimento dos ilustres doutrinadores, a confissão não poderá ser utilizada como fundamento para eventual oferecimento de denúncia pelo *parquet* nos casos de descumprimento da denúncia. No entanto, os fatos ali narrados pelo investigado na formalização da confissão poderão ser explorados desde que corroborados por outros meios de prova. Servirá, portanto, como garantia ao órgão acusatório de que o acusado cumprirá os termos estabelecidos no ANPP em detrimento da pretensão punitiva estatal.

Cabral²⁴ esclarece que essa lógica é a função processual da exigência da confissão pelo legislador. Assim, no caso de descumprimento, o investigado não poderá retardar a persecução penal ou tornar onerosa a não propositura de um processo contra ele, de modo que se tenha uma desvantagem para o beneficiado que descumpriu o acordo.

Classifica, ainda, de vantagem processual a confissão extrajudicial fornecida pelo investigado no caso de ser necessário iniciar a persecução penal, cabendo ao órgão acusador corroborar o que foi dito com outras provas produzidas em contraditório, podendo ser confrontada até mesmo com seu interrogatório em juízo.

Levando-se em consideração o descumprimento do acordo, a confissão então poderá ser utilizada no processo criminal. Esse é o entendimento do Enunciado nº 27 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM)²⁵, do Conselho Nacional de

²¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de Não Persecução Penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 265-280.

²² CUNHA, Rogério Sanches; HABIB, Gabriel. *Confissão como condição para o ANPP*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xGs8Jg4pgYE>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ CABRAL, op. cit.

²⁵ GNCCRIM. *Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime*. Disponível em: <



Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) que diz: “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)”

O mesmo foi entendido pela Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo²⁶ que apresentou o Enunciado nº 24 PGJ-CGMP do Ministério Público de São Paulo direcionado à interpretação de relevante interesse geral e institucional, no qual consta a seguinte redação: “Rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como um dos elementos para a oferta da denúncia”.

Aprofundando tais entendimentos, sobre a confissão poder ser utilizada no processo, surge a indagação se o Ministério Público poderá formar a opinio delict com base somente nessa confissão.

Entende-se pela impossibilidade de fazê-lo, uma vez que a propositura do ANPP depende que o órgão acusador já detenha todos os elementos exigidos para a propositura da ação penal. Como o ANPP é medida despenalizadora, é dizer que o Ministério Público irá propô-lo nos casos em que entende ser o investigado o autor da infração que está sendo apurada, analisadas as provas colhidas no inquérito policial e, assim, evitar uma movimentação demorada e desnecessária do Poder Judiciário, conferindo ao caso maior celeridade e resolução mais eficiente, somente depois irá apresentar a proposta para o investigador.

Ademais, também é requisito para propositura do ANPP não ser hipótese de arquivamento. Em outras palavras, devem estar presentes os indícios de autoria e materialidade, bem como demais elementos hábeis a confeccionar a denúncia, já estando formada a opinio delict antes de propor o acordo.

A confissão serve, portanto, para reforçar a justa causa que já existia para o oferecimento da denúncia, dando seriedade e peso à realização do acordo.

No que tange a celebração de acordo por um dos autores no caso de concurso de agentes,

https://www.cnpj.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 08 mar. 2022.

²⁶ BRASIL. Ministério Público de São Paulo. *Enunciados Procuradoria-Geral de Justiça Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica – Lei 13.964/19*. Disponível em: < [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf) >. Acesso em: 08 mar. 2022.

o entendimento doutrinário segue no sentido de que a confissão do autor beneficiado deve conter os fatos que liguem sua conduta a dos demais coautores, ainda que no mesmo momento os demais não sejam beneficiados com o ANPP.

Cunha e Habib²⁷ seguem o entendimento de que devendo a confissão ser circunstanciada, ou seja, ser detalhada, sem que o investigado omita fatos, sob pena de perder direito ao benefício ou tê-lo revogado, ele deverá descrever também a responsabilidade de cada autor ou partícipe do fato criminoso, já que isso é tão somente a descrição dos fatos, o que é exigido na lei.

Cheker²⁸ ressalta que: “A confissão do concurso de agentes não se confunde com os meios de prova da conhecida colaboração premiada”. Cabendo, portanto, ao Ministério Público corroborar o que foi narrado pelo autor beneficiado com outros meios de prova além da confissão obtida na celebração do ANPP.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, o trabalho abordou a origem do novo instituto desencarcerizador implementado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), o ANPP, destacando a importância da adoção da justiça consensual no ordenamento jurídico brasileiro, mormente ao que envolve o Direito Penal, buscando medidas que tragam resultados mais céleres e que satisfaçam as partes envolvidas na relação jurídica.

Buscou-se demonstrar a necessidade de fortalecer a justiça consensual penal para que a máquina judiciária criminal brasileira seja mais efetiva e menos morosa e onerosa, incluindo a celebração do ANPP nos casos possíveis e que respeitem os requisitos legais exigidos. Os institutos descarcerizadores mostram a importância e satisfação de interesses entre autor, vítima e Estado, e, como consequência, põe fim aos problemas enfrentados atualmente, como já demonstrado.

Mostrou-se, todavia, que a justiça consensual ainda encontra entraves e resistência por parte dos operadores do direito. Mormente em se tratando do ANPP, nota-se a partir de entendimentos doutrinários e enunciados expedidos pelos órgãos que lidam diretamente com sua aplicação, que o instituto ainda é tema de debates e discussões, visando sua melhor aplicação no

²⁷ CUNHA; HABIB, op. cit.

²⁸ CHEKER, Monica. A confissão do concurso de agentes no acordo de não persecução penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, 2020, v. 7, p. 366-376, mar. 2021.

plano prático.

No que tange especificamente a exigência da confissão, restou evidente que ainda não existe entendimento consolidado, já que para muitos violaria princípios garantidos pela Constituição, como por exemplo o direito de não autoincriminação e o direito ao silêncio.

Ocorre que, conforme demonstrado de maneira pormenorizada, não há que se reconhecer qualquer violação, de modo que os requisitos estabelecidos em lei estão em consonância com os princípios que regem o direito processual penal, o direito penal e o direito constitucional.

Nota-se, assim, a relevância da pesquisa, que buscou elucidar os entendimentos de alguns dos doutrinadores especialistas na matéria, que defendem a constitucionalidade da exigência da confissão, bem como buscam sua efetividade na prática, ainda que se trate de mecanismo inovador e recente, mas que futuramente será de extrema importância para alterar o cenário penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*. Disponível em:<<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. *Enunciados Procuradoria-Geral de Justiça Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica Lei 13.964/19*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRI M/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRI M/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf)>. Acesso em: 08 mar. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de Não Persecução Penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CHEKER, Monica. A confissão do concurso de agentes no acordo de não persecução penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. *Inovações da Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, 2020, v. 7, mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; HABIB, Gabriel. *Confissão como condição para o ANPP*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xGs8Jg4pgYE>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

GNCCRIM. *Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime*. Disponível em: <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal: o novo modelo consensual de justiça criminal: Lei 9.099, de 26.9.95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. *O controle jurisdicional de legalidade da oferta de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341671/oferta-de-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Natacha Alves de. *Criminologia*. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

PAULINO, Galtieni da Cruz. *O ANPP e a extinção da punibilidade pelo cumprimento das obrigações*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-12/galtienio-paulino-anpp-extincao-punibilidade#author>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

PEREZ, Sthepanie Carolyn; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. *O controle judicial na recusa do MP ao oferecimento da proposta de ANPP*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-19/opinioao-controle-judicial-recusa-mp-oferecimento-anpp>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

PISKE, Oriana. *Juizados Especiais no Brasil - Parte II*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2008/juizados-especiais-no-brasil-parte-ii-juiza-oriana-piske>>. Disponível em: 10 jan. 2022.

PRADO, Geraldo. *Justiça Penal Consensual*. In: _____. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 81-100.

ZIMIANI, Gustavo Bertho. *Justiça Penal Consensual e a Lei nº 9.099/95*. Disponível em:



<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/justica-penal-consensual-e-a-lei-no-9-099-95/>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

SHARENTING: A SUPEREXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET E O ADVENTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Yasmin Rodrigues Faria

Graduada pela Universidade Federal de Lavras. Pós-graduanda no curso *Lato Sensu* de especialização em Direito Público e Privado. Advogada.

Resumo – o *sharenting* é uma prática que se popularizou nos últimos anos com o advento das redes sociais em formato de diário virtual. Do novo fenômeno adveio necessária discussão acerca da tenuidade entre o exercício da autoridade parental e o direito de privacidade e proteção de dados dos filhos, especialmente num contexto em que os dados pessoais lançados na internet estão sujeitos a armazenamento, manipulação e comercialização. No presente trabalho, objetiva-se examinar o *sharenting*, afim de se destacar quais são as projeções acerca de suas consequências para um futuro próximo. Além do mais, pretendeu-se analisar a colisão de direitos existente entre quem pratica e quem sofre o compartilhamento de dados na rede mundial de computadores. Por fim, propôs-se a análise da eficiência da Lei Geral de Proteção de dados para a regulamentação da prática.

Palavras-chave – Direito da Criança e do Adolescente. *Sharenting*. Autoridade Parental. Lei Geral de Proteção de Dados.

Sumário – Introdução. 1. O fenômeno do *sharenting* e o seu impacto sobre a privacidade e a proteção de dados das crianças e dos adolescentes. 2. Os limites do exercício da autoridade parental diante da prática do *sharenting*. 3. A in(suficiência) da Lei Geral de Proteção de Dados para a tutela dos dados pessoais das crianças e adolescentes na perspectiva do *sharenting*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o fenômeno do *sharenting* a partir da sua repercussão sobre a seara da proteção de dados. Para isso, propõe-se à análise acerca da eficiência da Lei nº 13.709/21, Lei Geral de Proteção de Dados, para lidar com a superexposição de dados de crianças e adolescentes na internet.

O termo *sharenting* é usado para denominar o comportamento de pais que praticam o compartilhamento da imagem e dos dados de seus filhos na internet com grande frequência e intensidade. De origem inglesa, a expressão resulta da fusão das palavras “*share*” (compartilhar) e “*parenting*” (cuidar) e nomeia uma prática que, apesar de recente, já esboça consequências graves.

Considerando-se a contemporaneidade e a novidade do *sharenting*, bem como a multiplicidade de novas questões que se apresentam como produtos seus, faz-se necessário discutir o assunto e avaliar a eficiência dos instrumentos legais disponíveis no ordenamento



jurídico para lidar com o fenômeno. Para tanto, aborda-se o posicionamento moderno da doutrina que se dedica à apresentação e às primeiras discussões sobre o fenômeno.

Para a melhor compreensão do assunto, procurou-se responder a algumas questões fundamentais: O que é o *sharenting* e qual é o seu impacto sobre a privacidade e a proteção de dados das crianças e dos adolescentes? A prática do *sharenting* é compatível com o exercício da autoridade parental?

Nesse sentido, o primeiro capítulo dedica-se a apresentar o fenômeno e o conceito de *sharenting*, bem como a projeção de seu impacto a médio e longo prazo sobre a privacidade e a proteção de dados das crianças e dos adolescentes.

Adiante, no segundo capítulo, passou-se à análise acerca de se a prática do *sharenting* está situada dentro dos limites do exercício da autoridade parental. Procurou-se demonstrar que o *sharenting* apresenta uma importante colisão de direitos fundamentais, sendo eles o direito de privacidade das crianças e dos adolescentes e o direito de expressão de seus pais. Por consequência, defendeu-se a prevalência do direito de privacidade das crianças, especialmente diante da tendência à perpetuidade dos dados compartilhados na rede mundial de computadores.

Por fim, o terceiro capítulo propôs-se a verificar se a Lei nº 13.709/21, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que dedica a seção III do seu capítulo II ao tratamento de dados pessoais das crianças e dos adolescentes, traz regramento suficiente para a tutela de dados no ambiente virtual. Posicionou-se no sentido de que a LGPD, embora seja uma legislação nova, não apresenta o substrato necessário para lidar com os impactos produzidos pelo *sharenting*.

Para realizar a presente pesquisa, de modo que os objetivos sejam pontualmente cumpridos e seja alcançada resposta satisfatória ao tema-problema proposto, será adotada a vertente teórico-metodológica de pesquisa jurídico-sociológica.

A investigação é pautada no raciocínio dedutivo, o tipo investigativo será jurídico-descritivo e bibliográfico quanto aos meios. Haverá a utilização de dados secundários a partir da análise de legislação interpretada, jurisprudência e doutrina.

1. O FENÔMENO DO *SHARENTING* E O SEU IMPACTO SOBRE A PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

O mundo globalizado tem uma de suas maiores expressões na criação da internet e do ambiente virtual. Com a rede mundial de computadores, surge uma nova dinâmica de relacionamentos que se materializam por meio das redes sociais. Como toda mudança que revoluciona antigos paradigmas, o advento da virtualização das relações trouxe impactos e

novas questões que desafiam o futuro. O *sharenting* e a sua repercussão sobre a proteção de dados é um dos fenômenos contemporâneos à popularização das redes sociais.

A palavra *sharenting*, segundo Filipe Medon¹, trata-se de um neologismo de origem inglesa que dá nome à prática de pais ou responsáveis que compartilham nas suas redes sociais, com exagero, fotos, vídeos e informações de suas crianças. Portanto, o comportamento revela uma disfunção do exercício da autoridade parental associada à liberdade de expressão dos genitores. O termo “*share*” translada-se em compartilhar, enquanto “*parenting*” traduz-se em cuidar, no sentido de exercer a parentalidade.

Não existem critérios para aferir objetivamente o ato do *sharenting*. Afinal, postar nas redes sociais fotos que registram o cotidiano pessoal e familiar é uma atividade corriqueira, está inserida na esfera de liberdade de expressão do indivíduo que o faz e, na maioria das vezes, se dá de forma despreziosa. Postar uma foto do próprio filho inclui-se nesta realidade.

Desta forma, é razoável ponderar que não cometem *sharenting* os pais que compartilham fotos e vídeos de seus filhos com uma rede restrita de amigos virtuais, de modo esporádico e com o mero objetivo de partilhar com pessoas conhecidas o crescimento e desenvolvimento da sua criança. O *sharenting* se revela numa frequência desmoderada de veiculação da imagem da criança nas redes sociais, expondo a intimidade do menor e retratando a sua rotina de forma integral e em primeiro plano². Em outras palavras, o fenômeno se concretiza quando o ambiente virtual de titularidade e autoria dos pais torna-se uma espécie de *reality show* da vida do filho, que na maioria das vezes ainda não possui discernimento para sequer compreender do que se trata um perfil em rede social.

Lúcia Maria Teixeira³, por sua vez, considera que há configuração do *sharenting* todas as vezes que a publicação feita pelos pais sobre suas crianças tem um caráter excessivo, constrangedor e que gera uma exposição a perigos.

O *sharenting* ganha contornos ainda mais significativos quando a criança exposta é filha de pais *influencers digitais*. A profissão de influencer tem ganhado destaque nos últimos anos e consiste na transformação de perfis na internet em verdadeiros diários virtuais, onde se promove o compartilhamento de um estilo de vida de forma monetizada, por meio da publicidade de produtos e serviços para milhares de seguidores. O que se tem experimentado é

¹ MEDON, Filipe. *Big Little Brother Brasil: pais quarentenados, filhos expostos e vigiados*. Jota Info, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3cxEdJv>. Acesso em: 03 out. 2021.

² Ibid.

³ FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. *A superexposição dos dados e da imagem de crianças e adolescentes na Internet e a prática de Sharenting: reflexões iniciais*. Disponível em: Disponível em: <https://www.wired.com/insights/2014/07/data-new-oil-digital-economy/>. Acesso em: 03 out. 2021.

que a maternidade e a paternidade, bem como o compartilhamento da imagem dos pequenos, rendem muitas curtidas. Assim, as crianças constantemente aparecem nos perfis de seus pais *influencers*, acontecimentos de sua vida transformam-se em conteúdo digital e, em casos ainda mais passíveis de problematização, são as próprias crianças que promovem publicidade.

Há também o episódio das crianças que possuem perfil pessoal em redes sociais. Em que pese a políticas da maioria das redes sociais não autorizar, em tese, a criação de perfis para menores de dezoito anos, atualmente, muitas crianças possuem a sua própria conta no Instagram, por exemplo. Enrico Bacchi⁴, filho da atriz e apresentadora Karina Bacchi, registra 3,4 milhões de seguidores. Já Valentina Muniz⁵, filha do humorista Wellington Muniz e de Mirella Santos, acumula 2,2 milhões de espectadores. Ambas as crianças possuem, inclusive, o selo de verificação de sua conta, atestando a veracidade da titulação do perfil. Fato este que revela verdadeira incongruência entre a política de vedação de crianças no ambiente virtual e a conduta da rede social que confirma a titularidade de perfis infantis.

Por fim, o advento da pandemia do Covid-19 e, conseqüentemente, o isolamento social acentuaram ainda mais a prática. Como bem pontua Medon⁶, com o fato de grande parte da população estar em casa, é natural que as publicações em formato de diário pessoal se avolumem.

A superexposição de crianças na internet, pode gerar grandes conseqüências sobre a sua privacidade e a proteção de seus dados. Isto se dá, especialmente, porque a prática é feita de modo irrefletido pelos pais. Por vezes, a escolha por compartilhar a integralidade da vida e da imagem do filho é desacompanhada de uma análise cuidadosa sobre o alcance daquelas publicações, especialmente numa era em que as postagens “virais” viabilizam a popularidade e proporcionam alguns minutos de fama na internet para aquele que cria o conteúdo.

A vontade da criança e a projeção sobre o sentimento que ela terá no futuro sobre a sua exposição - quando se tornar um adolescente e, posteriormente, um adulto - são aspectos que também não são levados em conta pelos pais que praticam o *sharenting*. Estes simplesmente escolhem por seus filhos, substituindo suas vontades quanto a opção de tornar pública suas próprias vidas e imagens. Ana Carolina Brochado e Maria Carla Moutinho⁷

⁴ INSTAGRAM. *Enrico Bacchi*. <https://www.instagram.com/enricobacchioficial/>. Acesso em: 13 fev. 2022.

⁵ INSTAGRAM. *Valentina Muniz*. <https://www.instagram.com/valentinamunizreal/>. Acesso em: 13 fev. 2022.

⁶ MEDON, op. cit.

⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NERY, Maria Carla Moutinho. *Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes*. 2020, p. 13, no prelo.

pontuam que o ato de super expor os filhos resulta em uma espécie de “coisificação” das crianças, tratando-as como se elas não possuíssem personalidade própria, mas fossem apenas uma extensão de seus pais.

Além do mais, o *sharenting* naturaliza a exposição da imagem e da vida pessoal para o menor. É muito comum que os pais postem sobre os seus filhos desde o exame positivo da gravidez. Logo em seguida vem o nascimento, eventos importantes e os primeiros anos de vida do novo ser. Não demora muito para que as crianças comecem a interagir com os seguidores de seus pais, demonstrando comportamento assemelhado ao do adulto habituado a gravar vídeos e fazer fotos para as redes sociais. Assim, as crianças crescem sem dimensionar ou refletir sobre a sua exposição, sendo esta uma coisa que lhe foi ensinada desde tenra idade. Tudo isso dificulta que o futuro adolescente e adulto trilhe um caminho oposto, da vida mais reservada e até do anonimato, quando tiver de fato condições de fazer suas próprias escolhas refletidas.

Um outro aspecto também de grande dimensão que deve ser levado em conta é o modo como o *sharenting* cria ambiente propício para a desproteção dos dados pessoais do filho. É muito comum que para além de fotos, outras informações pessoais sejam compartilhadas, como: nome completo da criança, data de nascimento, escola que frequenta e até mesmo endereço residencial. O lançamento de tais dados na rede, demonstra o quanto os pais não têm consciência do modo como as informações são coletadas e manipuladas no ambiente virtual para as mais diversas finalidades: desde a prática de fraudes até a categorização de pessoas em perfis consumeristas.

Em 2015, pesquisadores da Universidade de Nova Iorque⁸ divulgaram resultados de uma pesquisa desenvolvida sobre como o compartilhamento de informações pessoais pode representar um risco para as crianças. Na ocasião, identificou-se que por meio dos dados divulgados nas mídias sociais dos pais é possível inferir a identidade dos filhos. Entre as informações passíveis de ser encontradas, as mais corriqueiras são: nome, localização, idade, data de nascimento e religião. Além do mais, muitas vezes, no ato de compartilhar os dados dos filhos, a publicação ultrapassa o alcance das pessoas consideradas de fato amigas de seus pais.

Os pesquisadores da Universidade de Nova Iorque explicam que⁹:

O mercado de mercadorias infantis está avaliado na casa das centenas de bilhões de dólares só nos EUA. Desta forma, não é de se surpreender que os corretores de dados já estejam procurando compilar dossiês sobre crianças. Usando as informações que os

⁸ STEINBERG, Stacey. *Sharenting: Children’s privacy in the age of social media*. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017.

⁹ MINKUS; LIU; ROSS apud STEINBERG, Stacey. *Sharenting: Children’s privacy in the age of social media*. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 849, 2017.

pais postam sobre seus filhos, estes corretores de dados podem criar mini perfis com potencial de serem continuamente alimentados ao longo da vida do indivíduo.

Pensar sobre como o fenômeno do *sharenting* impacta e viola o direito à privacidade da criança é imprescindível. Especialmente porque as imagens e dados lançados na rede mundial de computadores tendem a perpetuidade. Uma vez publicado na internet, um conteúdo possivelmente não se extinguirá, visto a possibilidade de compartilhamento em cadeia sucessiva. Dados inseridos em redes sociais deixam pegadas digitais.

2. OS LIMITES DO EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL DIANTE DA PRÁTICA DO *SHARENTING*

Diante da premissa de que a prática do *sharenting* põe em evidência uma importante colisão entre o exercício dos direitos da personalidade da criança e a liberdade de expressão dos pais, faz-se necessário analisar alguns contornos sobre a sua ponderação.

A relação jurídica entre pais e filhos é regida pela autoridade parental. O referido instituto corresponde ao poder-dever dos pais de criar, educar e assistir seus filhos enquanto não atingirem a maioridade civil – conforme previsto constitucionalmente no art. 229. O art. 1.634 do Código Civil prevê o conteúdo do exercício da autoridade parental - na letra da lei tratada por poder familiar -, enquanto o art. 1.630 do mesmo diploma legal dispõe que os filhos se sujeitam ao poder familiar enquanto menores.

Assim, exercer a parentalidade compreende a missão de educar crianças e adolescentes para que se desenvolvam física, psíquica e moralmente e mais tarde possam conduzir de forma autônoma suas próprias vidas. Segundo a lição de Ana Carolina Brochado e Anna Cristina de Carvalho¹⁰:

O poder familiar pressupõe a condução do processo educacional dos filhos, a fim de guiá-los para uma vida autônoma e responsável. Trata-se de uma intervenção gradativa, em que os próprios filhos, na medida em que crescem e se desenvolvem, vão fazendo as escolhas relativas à própria vida.

Ao mesmo tempo, a autoridade parental garante autonomia e liberdade para que os genitores conduzam a criação de seus filhos conforme seus próprios princípios e valores, desde que não coloquem em risco sua integridade. Em outras palavras, o exercício da autoridade parental encontra-se na esfera da autonomia dos pais, porém comporta limites.

¹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 519.

Ao longo da infância e da adolescência dos filhos, os pais são responsáveis pelas principais decisões acerca da vida da prole, além de realizar uma infinidade de escolhas que lhes afetam direta e indiretamente. Estas decisões e escolhas estão inseridas no âmbito de exercício da autoridade parental e são necessárias, visto que muitas vezes os filhos não estão preparados para fazê-las sozinhos.

Neste sentido, expor a imagem de suas crianças em redes sociais é uma das muitas escolhas que cabem aos genitores, especialmente quando os filhos ainda não possuem capacidade suficiente para compreender do que se trata. Faz-se necessário destacar que a decisão de postar foto dos filhos nas redes sociais, na maioria das vezes, vem alicerçada em uma forma dos pais compartilharem a realização do sonho da maternidade ou da paternidade. Os filhos fazem parte da vida e do dia-a-dia de seus pais e naturalmente aparecerão nas publicações que estes realizem em suas redes, como concretização da própria liberdade de expressão dos genitores. Entretanto, a prática do *sharenting* se distancia dos limites do exercício da autoridade parental. Para melhor compreender esta afirmação é importante resgatar brevemente a evolução do instituto da família e do poder parental.

Sabe-se que o conceito de família sofreu grandes mudanças ao longo dos séculos XX e XXI no ordenamento jurídico brasileiro. A sistemática do Código Civil de 1916 admitia a constituição da família exclusivamente pela formalidade do casamento, adotando um modelo patriarcal e verticalizado das instituições familiares. Com o advento da Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002, novas formas de constituição e novas configurações de família passaram a ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como adotou-se um modelo horizontal do instituto, onde todos os membros encontram-se em igual posição dentro das famílias.

As mudanças paradigmáticas no conceito de família naturalmente proporcionaram alterações na relação entre pais e filhos. Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira¹¹ lecionam que a relação paterno/materno-filial, que antes era preponderantemente hierárquica e patriarcal, transmuda-se para uma perspectiva dialógica, em que preponderam a compreensão mútua e o diálogo. Sendo assim, crianças e adolescentes, agora protagonistas das famílias, tornam-se sujeitos ativos da própria educação.

Simultaneamente ao novo paradigma das famílias, desenvolveu-se a nova tônica do direito das crianças e adolescentes, com raízes na Declaração Universal dos Direitos das

¹¹TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Capítulo IX Autoridade parental, guarda, convivência famílias e alienação parental. In: _____. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 296-297.

Crianças (1959) e na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças (1989), materializada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). A nova ordem reconheceu as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito, a quem atribui-se proteção integral e garante-se o exercício do seu melhor interesse, tendo em vista a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Abandonando a antiga visão de que os menores seriam mero objeto de tutela dos adultos, o novo tratamento jurídico dispensa às crianças e aos adolescentes, hodiernamente vistos como sujeitos de direitos, a garantia da titularidade de todos os direitos da pessoa humana, inclusive direitos da personalidade, o que inclui o direito à imagem e à privacidade.

A prática do *sharenting*, entretanto, é uma ameaça a imagem e a privacidade das crianças. Anderson Schreiber¹² defende que o direito à privacidade, numa sociedade em que há grande intercâmbio de informações, deve ir além da finalidade tradicional de proteção à vida íntima. Para o Autor, o direito à privacidade, em última análise, compreende duas espécies de direitos: direito à vida privada e direito à proteção de dados.

Para o autor, direito à vida privada corresponde a “proteção à vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano”¹³. Enquanto o direito à proteção de dados é o “direito da pessoa humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais”¹⁴. Anderson Schreiber alerta para o fato de que a violação ao direito à proteção de dados se dá pelo seu fornecimento ou coleta por formas aparentemente inofensivas, que, no entanto, geram diversos prejuízos ao titular quando inadequadamente usados.

Analisando o *sharenting* da perspectiva do direito à privacidade de Anderson Schreiber, é possível verificar que o referido comportamento tem o condão de violar as duas finalidades a que este direito da privacidade se propõe. Em primeiro aspecto, viola o direito à vida privada da criança e a sua imagem, quando publiciza momentos íntimos da sua vida e rotina. Em um segundo aspecto, viola também o direito à proteção de seus dados, quando disponibiliza, ainda que sem má intenção, dados pessoais e sensíveis sobre aquele sujeito de direito.

Como bem pontua Maria Celina Bodin¹⁵, as situações existenciais abrigadas pelos direitos da personalidade não podem mais ser tratadas em exclusividade pelos pais, num

¹² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. Rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 137-138.

¹³ *Ibid.*, p. 137.

¹⁴ *Ibid.*, p. 138.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, p. 1-43, 2018. p. 15.

esquema de substituição da vontade do filho. É necessário considerar o interesse e a vontade do sujeito diretamente envolvido. Isto sinaliza que conforme a criança desenvolva consciência acerca do que se trata produzir fotos e vídeos seus e postar na rede mundial de computadores, deverá ter sua opinião levada em consideração. Entretanto, a prática do *sharenting*, infelizmente, tem sido cultivada desde os primeiros dias de nascimento do bebê, o que resulta em verdadeira substituição da vontade daquele que é superexposto.

Conclui-se que da colisão entre o direito à liberdade de expressão dos pais que praticam o *sharenting* e o direito à privacidade e o direito à proteção de dados das crianças, preponderam-se os últimos. Em primeiro lugar porque a violação dos referidos direitos fundamentais das crianças, tem o potencial de causar-lhes danos irreversíveis, especialmente quando perpetrados no ambiente virtual, em que os dados lançados nas redes tendem a perpetuidade. Além do mais, o *sharenting* mostra-se claramente incompatível com os limites do exercício da autoridade parental, sobretudo porque tem o potencial de lesar a integridade psíquica, moral e até mesmo física da criança superexposta. Bem como pelo motivo de que o poder familiar se trata de um poder dever que deve ser exercido sempre no melhor interesse da criança e do adolescente, visando a sua proteção integral – o que por si só garante que os interesses privados dos pais devem vir em segundo plano frente aos interesses dos filhos.

3. A IN(SUFICIÊNCIA) DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO¹⁶ DE DADOS PESSOAIS PARA A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA PERSPECTIVA DO *SHARENTING*

O direito à proteção dos dados pessoais é garantia fundamental atribuída pela Constituição da República quando da tutela da privacidade, positivada na disposição do art. 5º, X da CRFB/88¹⁷, que diz que são “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. No Código Civil a proteção aos dados pessoais também tem espaço no rol dos direitos da personalidade. O art. 21 do Código Civil¹⁸ diz que “a vida privada da pessoa natural é inviolável”.

Conforme delineado ao longo deste artigo, o *sharenting* é fenômeno contemporâneo que se concretiza em ambiente virtual. Naturalmente, apresenta desafios comuns aos enfrentados

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

¹⁷BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

¹⁸BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

pelo advento da internet e das novas relações virtualizadas. Ao longo da última década, a regulamentação do uso do espaço digital contou com o sancionamento da Lei nº 12.965¹⁹, de 23 de abril 2014, que disciplina o uso da internet no Brasil, e da Lei nº 13.709²⁰, de 14 de agosto de 2018, que se trata da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Muito se discute acerca de se as referidas leis dispensaram tratamento jurídico adequado e suficiente para a temática internet e proteção de dados, sendo que especificamente a questão da proteção de dados e informações de crianças e adolescentes trata-se de um dos pontos de grande polêmica.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) dispensou tratamento aos dados pessoais de crianças e adolescentes ao longo de seu artigo 14²¹. O *caput* do mencionado artigo dispõe que “o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente”. Os parágrafos primeiro ao sexto do artigo 14 dispõem regras quanto ao consentimento, forma de coleta e armazenamento dos dados, entre outras.

Elora Fernandes e Filipe Medon²² ressaltam que a LGPD era objeto de debates doutrinários desde antes da sua promulgação e entrada em vigor, sendo que mesmo após mais de dois anos da sua promulgação, parece não haver consenso acerca do sentido e do alcance de alguns de seus dispositivos, entre eles o artigo 14, um dos mais polêmicos.

Uma das maiores dificuldades em se avaliar a pertinência e adequação do tratamento jurídico dispensado à proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes compartilhados na internet está intrinsecamente ligado ao fato de não se possuir contemporaneamente dados concretos acerca extensão e de quais são os possíveis danos provocados pela prática do *sharenting*. Em contrapartida, a certeza de que estas consequências serão experimentadas num futuro próximo exige esforços em se dar ao tema o melhor tratamento jurídico possível, afim de que sejam minimizados os danos aos direitos da personalidade dos sujeitos em desenvolvimento expostos à rede mundial de computadores.

Nesta linha de raciocínio, Fernandes e Medon²³ sugerem que:

¹⁹BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 16.

²¹ Ibid.

²² FERNANDES, Elora; MEDON, Filipe. Proteção de crianças e adolescentes na LGPD: desafios interpretativos. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, mai./ago. 2021. p. 2.

²³ Ibid.

A importância de se atentar para o tratamento dos dados dessas pessoas em desenvolvimento pode ser avaliada a partir dos múltiplos impactos e problemas para o bem-estar individual e social, como, por exemplo: (i) a ameaça à integridade física, psíquica e moral por contatos maliciosos de terceiros; (ii) a hiperexposição de dados pessoais e discriminação; (iii) a modulação e manipulação de comportamento; e (iv) a microsegmentação da prática abusiva e ilegal da publicidade infantil.

Afim de que seja possível tecer análise mais fiel sobre a possível ineficiência da disciplina legal da proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes é necessário que a redação do artigo 14²⁴ da LGPD seja apresentada de forma sucinta.

Em primeiro lugar, o caput do art. 14 traz um panorama geral da disciplina do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, alinhando-se ao atendimento do princípio do melhor interesse, um dos pilares do Direito da Criança e do Adolescente. Dispõe ainda sobre a necessidade de se compatibilizar a proteção de dados à legislação pertinente, o que nos remete a observância precípua da sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)²⁵.

O parágrafo primeiro condicionou o tratamento dos dados pessoais da criança (exclui o adolescente, o que é alvo de críticas doutrinárias) ao consentimento específico de pelo menos um dos pais ou do responsável legal. O parágrafo segundo dispõe sobre a obrigação dos controladores em manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos do titular do dado, enumerados no art. 18 da LGPD.

O parágrafo terceiro dispensa o consentimento específico previsto no parágrafo 1º para a coleta de dados quando: for necessário para contatar os próprios pais ou responsável legal ou para proteger a criança ou adolescente. Neste caso, os dados coletados poderão ser utilizados uma única vez e não poderão ser armazenados, nem mesmo repassados a terceiros sem o consentimento específico.

O parágrafo quarto proíbe que o fornecimento de dados pessoais de crianças e adolescentes, para além dos estritamente necessários para a prática da atividade, sejam condição para que os titulares dos dados participem de jogos, aplicações na internet ou atividades similares.

O parágrafo quinto impõe aos controladores de dados a obrigação de verificar, considerando as tecnologias disponíveis, se o consentimento específico previsto no parágrafo 1º foi dado pelo responsável pela criança.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁵ BRASIL, *Lei nº 8.069/90*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

Por fim, o parágrafo sexto²⁶ traz um dever de informação ao controlador de dados:

Art. 14, § 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

Elora Fernandes e Filipe Medon²⁷ defendem que a LGPD, além de não conferir tratamento a todos os desafios pertinentes a proteção de dados de crianças e adolescentes, suscitou da redação do seu artigo 14 diversas dúvidas interpretativas, categorizando-as em quatro eixos: (i) a normativa aplicável ao consentimento; (ii) as bases legais aplicáveis ao tratamento de dados das crianças e adolescentes, visto que o art. 14 apenas traz normativas específicas para o consentimento; (iii) a compreensão da importância da elaboração do Relatório de Impacto à proteção de dados; (iv) e a efetividade da norma do art. 14, §4º da LGPD.

Certamente a tratativa do consentimento específico previsto no §1º do art. 14 da LGPD é o primeiro grande obstáculo ao combate ao *sharenting*. Em verdade, a possibilidade de que os dados de crianças e adolescentes sejam armazenados por um controlador a partir do consentimento de um dos pais ou do responsável legal apenas legaliza a prática. Isto porque é inerente ao *sharenting* que o genitor compartilhe por vontade própria os dados de seu filho.

Merece atenção ainda, conforme bem observam Luciana Brasileiro e Maria Rita Holanda²⁸, o fato de que a Lei Geral de Proteção de Dados excetua a sua aplicação quando os dados pessoais forem realizados por pessoa natural para fins exclusivamente particulares. Assim, a exposição da imagem e dos dados de crianças e adolescentes nas redes sociais e, conseqüentemente, o *sharenting* não encontram solução e disciplina jurídica no seio do art. 14 da LGPD. A ausência de regulamentação e a abstenção da LGPD é ainda mais problemática diante da realidade do *sharenting* praticado com finalidade comercial. Nesse sentido, Brasileiro e Holanda²⁹ ponderam:

Apesar de se referir à legislação pertinente, peca a lei na possibilidade de utilização inadequada de dados de crianças e adolescentes por um ou ambos os representantes legais, que embora aparente um fim tão somente pessoal, em verdade traz resultados extremamente lucrativos e condiciona a criança a uma atividade e exposição que passam a fazer parte inerente à sua personalidade.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁷ HARTUNG; HENRIQUES; PITA apud FERNANDES; MEDON, op. cit., p. 3.

²⁸ BRASILEIRO, Luciana; HOLANDA, Maria Rita. A proteção de dados pessoais na infância e o dever parental de preservação da privacidade. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (coord.). *Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.270.

²⁹ Ibid.

Além do mais, como enumeraram Fernandes e Medon, a ausência de normativa mais detalhada e de indicação das bases legais aplicáveis ao tratamento de dados não impede que os dados compartilhados no ato do *sharenting* não sejam armazenados e utilizados para fins que a própria LGPD visa coibir, como o caso da criação de bancos de dados que criem perfis consumeristas dos futuros adultos.

Conclui-se que a LGPD não traz disciplina adequada da proteção de dados de crianças e adolescente afim de que a prática do *sharenting* tenha seus danos minimizados. Por outro lado, constata-se que a referida lei se presta mais à função de regulamentar as atividades dos controladores de dados, uma vez que o uso de dados de crianças se revela quase inevitável³⁰.

Acredita-se que a necessária regularização da prática do *sharenting* deverá trazer à baila tutela específica ao relevante conflito de interesses entre crianças e adolescentes e seus responsáveis legais. Esta questão deverá ser o quanto antes regulamentada, observando sempre o paradigma da proteção integral e do melhor interesse dos sujeitos de direito em desenvolvimento.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, por tudo que se expôs, objetivou-se demonstrar que o fenômeno do *sharenting* é uma realidade que apresenta desafios para o futuro, especialmente no que tange a privacidade e a proteção de dados das crianças e dos adolescentes. Buscou-se, a partir dos apontamentos dos primeiros esforços doutrinários sobre o tema, evidenciar que este é de extrema atualidade e necessita de discussão e reflexão aprofundadas, afim de que as projeções sobre suas consequências futuras não se materializem.

Verificou-se, num primeiro momento, que o *sharenting* é uma prática que se tornou popular nos últimos anos e é, em regra, vista como inofensiva para quem o faz e para quem assiste. Isto porque se revela como um comportamento comum para a era das redes sociais, ao mesmo tempo em que os limites entre o exercício da autoridade parental e a exposição da criança e do adolescente não parecem muito claros.

Pôde-se analisar que os estudiosos da temática são unânimes no sentido de considerar que o *sharenting* é, enfim, uma prática danosa e que as suas consequências são diversas, ainda que não se possa dimensionar com certeza as suas proporções. Entre os riscos que a superexposição de crianças e adolescentes no ambiente virtual podem proporcionar, um dos

³⁰ BRASILEIRO; HOLANDA, op. cit., p. 271.



mais citados é a coleta e armazenamento indevido de seus dados para as mais diversas finalidades indesejáveis e até mesmo ilícitas.

Visando estabelecer os contornos que já são visíveis para a tutela jurídica do novo fato que se apresenta para o ordenamento jurídico, pretendeu-se analisar os limites entre o exercício da autoridade parental e a prática do *sharenting*. Assim, foi possível concluir que compartilhar em rede social de modo não esporádico a imagem de crianças e adolescentes, ainda que possa parecer algo que reside no escopo do exercício da autoridade parental, fere o direito à privacidade do filho. Ademais, da colisão entre o direito à liberdade de expressão dos pais que praticam o *sharenting* e o direito à privacidade e o direito à proteção de dados das crianças, preponderaram-se os últimos.

Por fim, o trabalho se propôs a examinar o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2014) sobre a tutela dos dados pessoais das crianças e dos adolescentes que sofrem o *sharenting*. Da referida análise sobreveio a conclusão de que a LGPD não é eficiente para minimizar ou pelo menos regulamentar os efeitos advindos da divulgação de dados por meio da internet. Além do mais, pontuou-se que a mencionada lei se presta mais à função de regulamentar as atividades dos controladores de dados do que especificamente proteger ou evitar a sua divulgação por quem originalmente as inclui no ambiente virtual, ou seja, os pais que praticam *sharenting*.

Por todo o exposto, destaca-se que a relevância da presente pesquisa reside justamente no ponto de intercessão composto pela novidade do tema como objeto de estudo pela doutrina, o seu impacto iminente sobre a proteção de dados dos sujeitos em desenvolvimento e a irreversibilidade de seus danos, o que faz com que os esforços reflexivos se tornem necessários no presente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. *Lei nº 8.069/90*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASILEIRO, Luciana; HOLANDA, Maria Rita. A proteção de dados pessoais na infância e o dever parental de preservação da privacidade. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (coord.). *Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERNANDES, Elora; MEDON, Filipe. Proteção de crianças e adolescentes na LGPD: desafios interpretativos. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, mai./ago. 2021.

FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. *A superexposição dos dados e da imagem de crianças e adolescentes na Internet e a prática de Sharenting*: reflexões iniciais. Disponível em: <https://www.wired.com/insights/2014/07/data-new-oil-digital-economy/>. Acesso em: 03 out. 2021.

INSTAGRAM. *Enrico Bacchi*. <https://www.instagram.com/enricobacchioficial/>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. *Valentina Muniz*. <https://www.instagram.com/valentinamunizreal/>. Acesso em: 13 fev. 2022.

MEDON, Filipe. *Big Little Brother Brasil*: pais quarentenados, filhos expostos e vigiados. Jota Info, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3cxEdJv>. Acesso em: 03 out. 2021.

MEDON, Filipe. *Big Little Brother Brasil*: pais quarentenados, filhos expostos e vigiados. Disponível em: <https://bit.ly/3cxEdJv>. Acesso em: 03 out. 2021.

MINKUS; LIU; ROSS apud STEINBERG, Stacey. Sharenting: Children's privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 849, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, p. 1-43, 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. Rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2014.

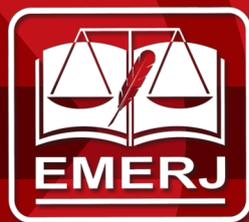
STEINBERG, Stacey. Sharenting: Children's privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NERY, Maria Carla Moutinho. *Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes*: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. 2020, no prelo.



_____; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Capítulo IX Autoridade parental, guarda, convivência famílias e alienação parental. In: _____. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2021.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br