



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Volume 20 - Número 2

2º semestre - 2022



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2,
p. 1-284, 2º sem. 2022

A REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é um periódico científico publicado pelo Departamento de Publicações e Pesquisas da EMERJ que visa construir uma relação do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça.

A REVISTA acompanha o cenário do Direito no Brasil e no mundo, a partir de uma interface com disciplinas afins, com o propósito de intensificar um novo paradigma: de que o Direito só cumprirá seu desiderato na medida em que seus aplicadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

Editora Chefe:

Dra. Cristina Tereza Gaulia

Equipe Administrativa - EMERJ:

Assessora Acadêmica de Publicações e Pesquisa: Ma. Ana Cristina
Willemann Flores

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodre da Silva

Produção Gráfico-Editorial:

Diretor da Divisão de Design Gráfico: Ébano Machel do Rosário Assis

Projeto Gráfico - Capa: Jaqueline Diniz

Diagramação: Rafaella Neves

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Clara Bastos e Nívia Duarte Brandão

Direito em Movimento. – v. 1, 2003. Rio de Janeiro : EMERJ, 2003.-

Semestral

ISSN 2179-8176 (versão impressa)
ISSN 2236-711X (versão em CD-ROM)
ISSN 2238-7110 (versão online)

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

CDD 340.05
CDU 34(05)



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - PJRJ

Presidente

Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

1º Vice-Presidente

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

2º Vice-Presidente

Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio

3º Vice-Presidente

Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Diretora-Geral

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

Conselho Consultivo

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo
(Vice-Presidente)

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira
(Diretor Adjunto Administrativo)

Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira

Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto

Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO:

EDITORA CHEFE

Dra. Cristina Tereza Gaulia, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, EMERJ, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Msc. Antonio Saldanha Palheiro, Brasília, Brasil.

Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Dra. Maria Thereza Assis Moura, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

Dra. Amélia Soares da Rocha, Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Brasil.

Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil.

Dr. Carlos Aurélio Esplugues Mota, Universitat de València, Espanha.

Dr. Cléssio Moura de Souza, Friedrich Alexander Universität Erlangen - Nürnberg, FAU, Alemanha.

Dr. Diógenes Faria de Carvalho, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil.

Dr. Edoardo Fittipaldi, Università degli Studi di Milano, Lombardia, Itália.

Dr. Eduardo Ribeiro Moreira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil.

Dr. Erick Cavalcanti Linhares Lima, Universidade Estadual de Roraima, UERR, Brasil.

Dr. Francesco Bilancia, Università degli Studi G. D'Annunzio Chieti, Pescara, Itália.

Dra. Gizlene Neder, Universidade Federal Fluminense, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Dr. Jefferson de Almeida Pinto, Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, IFSEMG, Brasil.

Dr. José Carlos Kraemer Bortoloti, Faculdade Meridional, IMED, Rio Grande do Sul, Brasil.

Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Brasil.

Dr. Ney de Barros Bello Filho, Universidade Federal do Maranhão UFMA, Brasil.

Dr. Ricardo Bormann, Universität Bremen, Alemanha.

PARECERISTAS QUE COLABORARAM NESTE VOLUME

Dra. Acácia Gardênia Santos Lelis, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

Dr. Aragon Érico Dasso Junior, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil.

Dr. Arnaldo Vieira Sousa, Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, UNDB, Brasil.

Dr. Gil César Costa de Paula, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, PUC-GO, Brasil.

Dr. Igor Martins Coelho Almeida, Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, UNDB, Brasil.

Dr. Ilzver de Matos Oliveira, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC-PR, Brasil.

Dr. José Eduardo de Santana Macêdo, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

Dra. Marialice Antão de Oliveira Dias, Faculdade de Ciências Humanas Exatas e Letras de Rondônia, FARO, Brasil.

Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil.

Dra. Mônica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Brasil.

Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Dr. Ronaldo Alves Marinho da Silva, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

Dr. Valmir César Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas, UFAM, Brasil.

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível

APRESENTAÇÃO	9
ARTIGOS	13
A (IN)VIABILIDADE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO CASO DE VÍTIMA TRANSEXUAL	
<i>Anderson Pinheiro da Costa</i>	
<i>Ana Paula Correia de Souza</i>	
<i>Ana Paula Dória de Carvalho</i>	15
A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE DISCURSO DE ÓDIO COMO FERRAMENTA DE DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO: LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO (DES)RESPEITO À DIVERSIDADE EM MEIO AO AMBIENTE DIGITAL	
<i>Carlos Henrique Félix Dantas</i>	
<i>Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto</i>	48
DANO EXTRAPATRIMONIAL CONGLOBANTE NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA QUALIDADE EM DIREITO DO CONSUMIDOR (SISTEMATIZANDO A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ)	
<i>Cássio Benvenuti de Castro</i>	82
DA EXTENSÃO DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS: LIMITES À POLITIZAÇÃO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
<i>Danilo Henrique Nunes</i>	
<i>Lucas Souza Lehfeld</i>	
<i>Luciano Dal Sasso Masson</i>	111

PODER DISCIPLINAR E DIREITO PENAL SECUNDÁRIO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DO ESTADO À LUZ DA TEORIA DO JOGO COMO ELEMENTO DA CULTURA <i>Divo Augusto Pereira Alexandre Cavadas</i>	146
O REGIME JURÍDICO DA E NA TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE <i>Felipe Bizinoto Soares de Pádua</i>	164
NOTAS ACERCA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DE ALTO PADRÃO DE LUXO <i>Ronaldo Raemy Rangel</i> <i>Gabriel Dolabela Raemy Rangel</i>	178
REFORMATÓRIO KRENAK E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: REFLEXOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0064483- 95.2015.4.01.3800 <i>Marco Aurelio Moura dos Santos</i>	196
CONSECTÁRIOS DO ACORDO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL ENTRE BRASIL E UNIÃO EUROPEIA PARA A PERSECUÇÃO DE CRIMES TRANSNACIONAIS <i>Ronaldo Alves Marinho da Silva</i> <i>Nathalya Fontes Monteiro</i>	214
UM PRIMEIRO OLHAR AO ENQUADRAMENTO NORMATIVO DA LEI Nº 14.344/22 (LEI HENRY BOREL) AO MUNDO DOS FATOS. <i>Paula Naves Brigagão</i>	242
FATOS ALTERNATIVOS, FAKE NEWS, DISCURSO DE ÓDIO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO? <i>Sibylle Kessal-Wulf</i> Tradução: Cristina Gaulia e Markus Hediger.....	267

APRESENTAÇÃO

A Revista Direito em Movimento traz a lume, em mais um volume, artigos para a comunidade acadêmica com o objetivo de se comunicar de forma diferente e melhor. Ou seja, nosso escopo abrangente permite que temas diversos sejam objeto de reflexão crítica dos leitores no âmbito jurídico.

Do “feminicídio de vítima transexual” ao “discurso de ódio no ambiente digital”, nosso compromisso é levar aos leitores os novos fatos que eclodem na sociedade e, conseqüentemente, reverberam no campo do Direito.

O Direito – e toda a sua normatividade – existe conforme uma espécie de “comunidade imaginada”. De tal modo, os trabalhos de diversos pesquisadores das ciências sociais promovem a presença de um conhecimento em constante desenvolvimento.

Na compreensão de Michel Foucault, centrada em Nietzsche, o autor aduz: “O conhecimento, foi, portanto, inventado. Dizer que ele foi inventado é dizer que ele não tem origem. É dizer, de maneira mais precisa, por mais paradoxal que seja, que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana. O conhecimento não constitui o mais antigo instinto do homem, ou, inversamente, não há no comportamento humano, no apetite humano, no instinto humano, algo como um germe do conhecimento. [...] o conhecimento é simplesmente o resultado do jogo, do afrontamento, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos” (FOUCAULT, 2002, p. 16).

O conhecimento, quando construído compilado, pensado criticamente e exposto à reflexão, propicia a formação de universos de sentidos e valores, sejam eles jurídicos ou sociais, e é por isso que nesta edição foram incluídos trabalhos disruptivos, que pretendem pensar o direito para além das lentes do dogma.

O professor Horácio Wanderlei esclarece que “O direito ensinado do ponto de vista positivista é exegético, ou seja, considera as leis em vigor, dos códigos, o que transforma os profissionais em técnicos a serviço da burocracia dominante” (RODRIGUES, 1993, p. 122).

Por assim ser, a Revista Direito em Movimento propõe uma ruptura desse paradigma, apresentando textos intrigantes e inovadores no mundo jurídico e estimulando assim a construção de saberes judiciários e acadêmicos mais humanistas.

Os textos publicados neste novo volume apresentam capítulos importantes desses novos tempos que herdamos da pandemia do coronavírus.

Em “*A (in)violabilidade da qualificadora do feminicídio no caso de vítima transexual*”, os mestres Anderson Pinheiro da Costa, Ana Paula Correia de Souza e Ana Paula Dória de Carvalho discutem se a qualificadora de feminicídio pode incluir como vítimas as mulheres transexuais. Tema urgente e necessário nos dias de hoje e que permite a reflexão sobre as lutas da comunidade LGBTQIA+.

Em “*A construção do conceito jurídico de discurso de ódio como ferramenta de direito antidiscriminatório: limites à liberdade de expressão no (des)respeito à diversidade em meio ambiente digital*”, os doutorandos em direito Carlos Henrique Félix Dantas e Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto trazem refinada discussão sobre como o discurso de ódio na sociedade contemporânea é uma forma de limitação da liberdade de expressão a sujeitos vulneráveis no ambiente digital.

O direito do consumidor e sua inequívoca importância no direito brasileiro vem à baila como tema do artigo do Dr. Cássio Benvenuti de Castro, com a reflexão: “*Dano extrapatrimonial conglobante na perspectiva da teoria da qualidade em direito do consumidor (sistematizando a evolução do entendimento do STJ)*”. O trabalho ressalta que o dano patrimonial possui uma feição cultural de importante valor para o sistema de justiça e está presente nas decisões judiciais.

No artigo “*Da extensão dos preceitos fundamentais constitucionais: limites à politização da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o papel do Supremo Tribunal Federal*”, os doutores Danilo Henrique Nunes e Lucas Souza Leheld, em conjunto com o doutorando Luciano Dal Sasso Masson, analisam o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, em especial na ADPF e seus desdobramentos.

O doutorando Divo Augusto Pereira Alexandre, ao escrever sobre “*Poder disciplinar e direito penal secundário: considerações sobre o papel do estado à luz da teoria do jogo como elemento da cultura*”, trabalha a ideia da teoria do jogo como elemento da cultura, que deve, portanto, ser interpretada nos limites do Estado Democrático de Direito, observado o devido processo legal sempre que houver o sancionamento de funcionários públicos que integrem a burocracia estatal.

O mestrando Felipe Bizoto Soares de Pádua reflete sobre “*O regime jurídico da e na teoria do terceiro cúmplice*”, aduzindo que, no inadimplemento contratual, por conta dessa teoria, a responsabilidade civil é de quem causa o inadimplemento ou a ruptura contratual. Texto científico que reflete a importância da temática da responsabilidade civil na contemporaneidade.

Os doutores Ronaldo Raemy Rangel e Gabriel Dolabela Raemy Rangel demonstram em “*Notas acerca da impenhorabilidade do bem de família de alto padrão de luxo*” a importância de se refletir sobre o polêmico tema da impenhorabilidade do bem de família, discutindo os limites dessa proteção.

No campo da política estatal, o texto “*Reformatório Krénak e justiça de transição: reflexos da ação civil pública nº 0064483-95.2015.4.01.3800*”, proposto pelo Dr. Marco Aurélio Moura dos Santos, aborda o perfil da política estatal aplicada às populações indígenas durante a ditadura militar brasileira, apontando que, no bojo de uma justiça transicional, diversos crimes foram cometidos contra a etnia Krénak e que, portanto, deve haver reparações a esse povo.

Na seara do direito internacional, o trabalho “*Consectários do acordo de cooperação jurídica internacional entre Brasil e União Europeia para a persecução de crimes transnacionais*”, do doutor Ronaldo Alves Marinho da Silva, em conjunto com a especialista Nathalya Fontes Monteiro, aborda a temática dos crimes transnacionais e a proporção que adquirem com o processo de globalização.

Importante ainda a reflexão da mestra Paula Naves Brigagão no prisma de uma nova lei, com seu texto intitulado: “*Um primeiro olhar ao enquadramento normativo da Lei 14.344/22 (Lei Henry Borel) ao mun-*

do dos fatos”, em que a acadêmica apresenta um trabalho que pontua a inovação legislativa e traz a definição de violência doméstica contra a criança e o adolescente.

Esta edição da Revista Direito em Movimento traz, em seção especial, a tradução da palestra da Ministra Sibylle Kessal-Wulf (tradução feita por Dra. Cristina Gaulia e Prof. Markus Hediger), apresentada em alemão, no Seminário Brasil-Alemanha: “*Fatos alternativos, fake news, discurso de ódio. Liberdade de expressão?*”. O texto esclarece como a liberdade de formação de opinião pressupõe a liberdade de expressar e propagar opiniões, contrapondo esse direito ao direito do cidadão de receber informações corretas e verazes.

A equipe editorial reitera o objetivo constante de que a revista científica Direito em Movimento contribua para o amadurecimento dos leitores sobre os assuntos relacionados pelos autores, e, assim, efetivamente colabore para a disseminação dos saberes que devem estar em constante *movimento*.

Cristina Tereza Gaulia

Coordenadora Editorial da Revista Direito em Movimento

Hector Luiz Martins Figueira

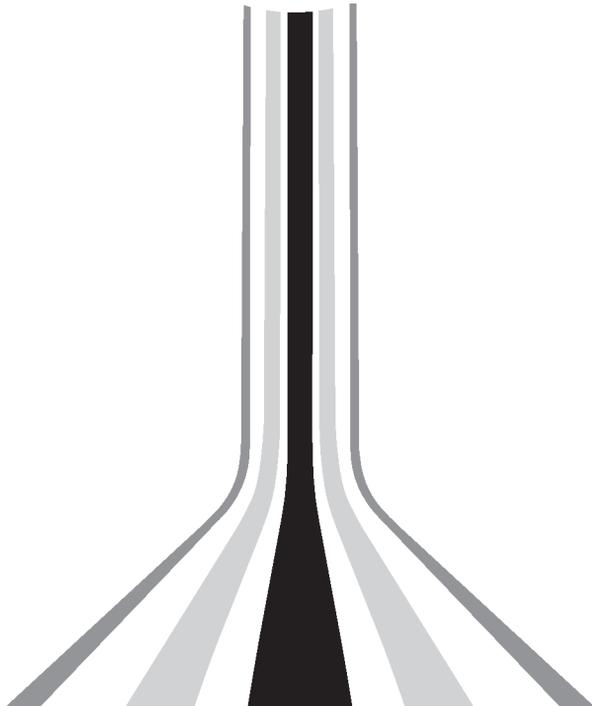
Assessor acadêmico da Revista Direito em Movimento

FOUCAULT, Michel. A Verdade e as formas jurídicas. (Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes). Rio de Janeiro. NAU editora, 2002.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino Jurídico e Direito Alternativo. São Paulo. Acadêmica, 1993.



ARTIGOS



A (IN)VIABILIDADE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO CASO DE VÍTIMA TRANSEXUAL

Anderson Pinheiro da Costa

Professor universitário - UDF. Especialista em Direito Penal. Mestre em Educação e advogado criminalista.

Ana Paula Correia de Souza

Professora universitária - UDF. Especialista em Direito Penal. Mestre em Educação e advogada criminalista.

Ana Paula Dória de Carvalho

Professora universitária - UDF. Especialista em Direito Penal. Mestre em Educação e advogada criminalista.

Submetido em: 04/08/2022

Aprovado em: 23/08/2022 e 25/08/2022

RESUMO: A pesquisa tem por objetivo geral revelar se a qualificadora do feminicídio pode ou não abarcar vítimas mulheres transexuais, sob o viés do garantismo penal assegurado pela Constituição. Como metodologia de pesquisa, foi utilizada a qualitativa e, como método de coleta de dados, a análise bibliográfica e jurisprudencial. Assim, buscou-se analisar os principais aspectos do crime de homicídio, com ênfase na sua forma qualificada conhecida por feminicídio, e verificar como a doutrina e a jurisprudência atual estão se posicionando no que tange à aplicabilidade dessa forma qualificada às mulheres transexuais, já que a lei, em sua interpretação literal, especifica que o feminicídio é o ato de matar mulher por questões “do sexo feminino”. Como referencial teórico, a pesquisa se apoiou nas lições de Bittencourt (2017), Capez (2021), Cunha (2018), Carneiro (2019), Ferrajoli (2010) e Hungria (2018).

PALAVRAS-CHAVE: feminicídio; transgênero; mulher; princípios; Lei Maria da Penha.

ABSTRACT: The general objective of the research is to reveal whether or not the qualifier of femicide can include transsexual women as victims, under the bias of the criminal guarantee guaranteed by the Constitution. As a research methodology, qualitative was used and, as a method of data collection, bibliographic and jurisprudential analysis. Thus, we sought to analyze the main aspects of the crime of homicide, with emphasis on its qualified form known as femicide, and to verify how current doctrine and jurisprudence are positioning themselves with regard to the applicability of this qualified form to transsexual women, since the law, in its literal interpretation, specifies that femicide is the act of killing a woman for “female” issues. As a theoretical framework, the research was based on the lessons of Bittencourt (2017), Capez (2021), Cunha (2018), Carneiro (2019), Ferrajoli (2010) and Hungary (2018).

KEYWORDS: femicide; transgender; women; Principles; Maria da Penha Law.

INTRODUÇÃO

A identidade de gênero de um indivíduo diz respeito à maneira como ele se reconhece com relação ao seu gênero, podendo esse reconhecimento ter ou não ligação com seu sexo biológico ou sua orientação sexual.

É notório que o ser humano nasce com um sexo biológico definido, ou seja, o órgão sexual externo é o que diferencia homens de mulheres. Essa é uma determinação social observada desde o início da humanidade. A orientação sexual, de forma diversa, está atrelada ao fenômeno da atração sexual, desdobrando-se, nessa perspectiva, em três classificações: homossexualidade (atração pelo indivíduo do mesmo sexo); heterossexualidade (atração por indivíduo de sexo diferente); e bissexualidade (atração por indivíduos de ambos os sexos).

No tocante à identidade de gênero, que deveria constituir, em tese, outro conceito, parte-se da premissa de que a concordância entre o sexo biológico e o psicológico determina o indivíduo como cisgênero. Todavia, quando não há essa concordância, o indivíduo passa a ser visto como transgênero ou transexual, sendo abarcada por essa categoria a pessoa travesti. (BATISTA, 2022).

Gênero e sexo são culturalmente definidos e determinados, como visto alhures. Hodiernamente, a cultura do local onde uma pessoa vive, os deveres impostos, as regras sociais e de pertencimento são todos estabelecidos pela sociedade, que traz como denominação a tais imposições o termo “*biologia*”. Nomes próprios, comportamentos, qualidades, características e até profissões estabelecidas pela sociedade para homens e mulheres consolidam essas construções sociais (BUTLER, 2017).

No entanto, o gênero não necessariamente decorre do fato de o sexo ser feminino ou masculino, sendo uma categoria independente. Segundo França, “as características clínicas do transexualismo se reforçam com a evidência de uma convicção de pertencer ao sexo oposto, o que lhe faz contestar e valer essa determinação até de forma violenta e desesperada” (FRANÇA, 2017, p. 143).

O livre exercício da identidade de gênero está embasado na garantia constitucional da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, além do direito da personalidade, sendo vedada qualquer discriminação ou exclusão de direitos e proteção perante a lei.

Nesse viés, passaram a ser inúmeros os estudos sobre o gênero, gerando diversos questionamentos sobre como esse termo pode abranger ou romper vertentes que sempre estiveram enraizadas na cultura social, indo além da atribuição de se ser homem ou mulher.

É nesse aspecto que a presente pesquisa se sustenta. A intenção é explorar um recorte social específico: a mulher transexual e sua inserção num aspecto social de extrema relevância social, acadêmica e jurídica: o assassinato de mulheres por questões relacionadas ao sexo feminino.

Nesse sentido, o artigo tem como objetivo geral revelar, com embasamento na literatura e jurisprudência pátrias, se, diante das novas classifi-

cações, a mulher transexual pode ou não figurar como polo passivo de um crime tão grave como o homicídio qualificado pelo feminicídio.

Para tanto, a pesquisa apoiou-se na metodologia qualitativa, uma vez que envolve uma abordagem interpretativa do mundo, em que seus pesquisadores estudam as coisas em seus cenários naturais, tentando entender os fenômenos em termos dos significados que as pessoas a eles conferem. A pesquisa qualitativa atribui importância fundamental aos depoimentos dos atores sociais envolvidos, aos discursos e aos significados transmitidos por eles. Nesse viés, esse tipo de pesquisa preza pela descrição detalhada dos fenômenos e dos elementos que os envolvem. (VIEIRA; ZOUAIN, 2005)

Outro aspecto da pesquisa qualitativa se dá sobre a análise dos dados, uma vez que tende a seguir um processo indutivo, sendo a pesquisa válida em situações em que se evidencia a importância de compreender aspectos psicológicos, cujos dados não podem ser coletados de modo completo por outros métodos devido à complexidade que encerram. (RICHARDSON, 1999).

A coleta de dados se deu através da análise bibliográfica e jurisprudencial, visto ter havido busca de informações em obras já publicadas para aprofundamento e análise do tema, e em decisões proferidas por tribunais brasileiros em casos por eles julgados.

Esse método de coleta de dados é primordial na construção da pesquisa científica, uma vez que permite que o estudioso conheça melhor o fenômeno em estudo. Os instrumentos que são utilizados na realização da pesquisa bibliográfica são livros, artigos científicos, teses, dissertações, anuários, revistas, leis e outros tipos de fontes escritas que já foram publicados. (FONSECA, 2002)

Como referencial teórico para construção do trabalho, a pesquisa se apoiou nos postulados de Bittencourt (2017), Capez (2021), Cunha (2018), Carneiro (2019), Ferrajoli (2010) e Hungria (2018).

Inicialmente, buscou-se analisar o crime de homicídio e as circunstâncias especiais do tipo. Foram esquadrihadas as elementares do tipo penal e verificadas suas respectivas classificações, espécies, competência para julgamento, hipóteses privilegiadoras e circunstâncias qualificadoras, em espe-

cial quando o crime é praticado contra as mulheres por questões atinentes ao sexo feminino, o conhecido feminicídio. (BRASIL, 1940)

Antes de analisar dados que circundam a qualificadora do feminicídio, buscou-se verificar quais tipos de violência contra a mulher estão positivados no ordenamento jurídico pátrio e as diretrizes da Lei Maria da Penha no combate a esses crimes. Não obstante, verificou-se como o Judiciário e a doutrina têm se posicionado no que tange à aplicabilidade da Maria da Penha a transexuais femininas vítimas de violência.

No último tópico, foi realizada uma análise sobre “gênero”, com ênfase na transexualidade, objetivando conhecer as peculiaridades do termo para, a partir daí, analisar a possibilidade de as mulheres transexuais figurarem como vítimas de feminicídio, sob a ótica da doutrina e jurisprudência atuais.

1. O HOMICÍDIO NO DIREITO BRASILEIRO

Conceitua-se homicídio como sendo o tipo central de delitos contra a vida e o ponto culminante na orografia dos crimes. Trata-se do crime por excelência, em que a luta pela vida, presumivelmente, se opera com o uso normal dos meios brutais e animais. Para alguns, é a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada. (HUNGRIA, 2018)

O Código Penal prevê várias modalidades do crime de homicídio: doloso simples (*caput*); doloso privilegiado (§1º); doloso qualificado (§2º); culposo (§3º); culposo majorado (§4º, primeira parte); e doloso majorado (§4º, segunda parte, e §6º). (BRASIL, 1940)

1.1 Homicídio simples e culposo

O homicídio simples é o tipo básico, previsto no art. 121, *caput*, do CP. No que se refere ao sujeito ativo do crime, qualquer pessoa, isolada ou associada a outra, pode praticar o delito, não havendo qualquer exigência no tipo penal em relação a qualquer condição particular do agente, sendo, portanto, um crime comum. No que tange ao sujeito passivo, também pode ser qualquer pessoa, ante a falta de qualquer especificidade do tipo penal. (MIRABETE, 2021)

A conduta típica consiste em tirar a vida de alguém (universo de seres humanos), considerando como início da vida extrauterina de um indivíduo o início do parto. (CUNHA, 2018)

Nesse viés, o crime de homicídio tem como limite mínimo o começo do nascimento, marcado pelo início das contrações expulsivas, ressalvadas as hipóteses em que o nascimento não se produz espontaneamente, pelas contrações uterinas, como ocorre nos casos de cesariana. Nesse caso, o começo do nascimento é estabelecido pelo início da operação, quando da incisão abdominal. (PRADO *apud* CUNHA, 2018)

À vista disso, é importante ressaltar que a conduta da mãe que mata o filho sob a influência do estado puerperal pratica um outro crime: o infanticídio. Além disso, destaca-se que o ser humano que atenta contra a própria vida não se enquadra no tipo penal analisado, uma vez que a autolesão, em regra, não é punível pela carta repressiva. (MIRABETE, 2021)

No que concerne à execução, o homicídio pode ser praticado de forma livre, por ação ou omissão. Em se tratando de crime material, infração penal que deixa vestígios (crime não transeunte), o homicídio exige a confecção de exame de corpo de delito, direto ou indireto, conforme determinam os arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal. (CAPEZ, 2021)

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade de realizar o tipo penal (matar alguém), podendo ser direto, quando o agente almeja o resultado, ou eventual, na hipótese de o agente assumir o risco de produzi-lo. O tipo básico não exige qualquer finalidade específica do sujeito ativo, podendo o motivo determinante do crime constituir, eventualmente, uma causa de diminuição de pena (§1º) ou qualificadora (§2º). (CUNHA, 2018)

Por ser um crime material e plurissubsistente, o homicídio doloso tem seu momento consumativo com a morte da vítima, sendo a tentativa perfeitamente possível na hipótese em que o resultado não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. A forma tentada é admitida, inclusive, no crime cometido com dolo eventual, já que equiparado, por lei, ao dolo direto, nos termos do art. 18, inciso I, do Código Penal. (BRASIL, 1940)

Já o homicídio culposo ocorrerá quando o agente agir com imprudência, negligência ou imperícia, aplicando-se para tais hipóteses a pena

de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, observadas as causas de aumento de pena descritas no §4º do art. 121, a saber: inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício; omissão de socorro; não procurar o agente diminuir as consequências do seu ato; e se o agente foge para evitar prisão em flagrante. (BRASIL, 1940)

1.2 Homicídio privilegiado e qualificado

O disposto no §1º do art. 121 prevê as hipóteses nas quais o homicídio terá a sua pena diminuída, configurando os casos de homicídio privilegiado.

Os motivos de relevante valor social e relevante valor moral estão relacionados à razão de ser do crime, sendo que a primeira hipótese diz respeito aos interesses de toda uma coletividade, portanto nobre e altruístico; já o relevante valor moral está ligado aos interesses individuais, particulares do agente, dentre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão. Ambos os motivos, contudo, devem ser relevantes, ou seja, de considerável importância. (CUNHA, 2018)

A derradeira hipótese de diminuição da pena está ligada ao elemento anímico do agente. É certo que o art. 28, inciso I, do Código Penal aduz que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal. Contudo o §1º do art. 121 autoriza a diminuição da pena se o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima. (BRASIL, 1940)

Nesse caso, o sujeito ativo, logo após a injusta provocação da vítima, apresenta reação imediata, agindo sob intenso choque emocional, suficiente para anular a capacidade de autocontrole durante o cometimento do crime. (CUNHA, 2018)

Importante ressaltar que, até pouco tempo, a honra da mulher era vinculada diretamente à do esposo, mas sem padrões de equivalência, ante a desigualdade de gênero que imperou por muito tempo em todo o mundo. Diante dessa perspectiva, era comum a apresentação, em plenário, da tese de “legítima defesa da honra”, na tentativa de legitimar o comportamento do homem que matava sua companheira caso ela cometesse adultério. A justificativa para essa tese era a de que a vítima teria ferido a honra do réu,

ou seja, era atribuída à vítima a culpa pelo comportamento descontrolado e criminoso do acusado.

Essa legitimação do crime passional chegou a ser prevista no Código Penal de 1890, ao prever a “excludente de ilicitude por perturbação dos sentidos e da inteligência” (art. 27, §4º), demonstrando, claramente, quanto o machismo estava enraizado na cultura brasileira. (ESTEFAM, 2020).

Essa excludente legal da ilicitude só foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Código Penal de 1940. No entanto, tal conduta era defendida não mais como uma circunstância que deixasse o homicida passional impune, mas como uma causa de diminuição de sua pena (BRANCO; KRIEGER, 2013). Os advogados de defesa, valendo-se de pilares do júri (soberania dos veredictos e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados) buscavam convencer os jurados de que esses valores culturais ainda enraizados deveriam prevalecer e, assim, acabavam por reconhecer a prática de homicídio privilegiado.

Com a evolução da sociedade e das leis que resguardam os direitos das mulheres, essa possibilidade de arguição da tese de defesa da honra como justificativa para um crime passional passou a ser cada vez mais questionada no meio jurídico, até que, recentemente, no julgamento da ADPF 779 de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 15/03/2021, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da tese, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, da CF/88), estando a defesa, a acusação, a autoridade policial e o juízo proibidos de utilizar tal argumento, direta ou indiretamente, sob pena de nulidade do ato. (BRASIL, 2021)

O §2º do art. 121 do estatuto repressivo descreve as qualificadoras, culminando pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão nas hipóteses em que o crime de homicídio é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa resultar perigo comum; por traição, de emboscada, ou mediante

dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. (BRASIL, 1940)

Com o advento da Lei n. 13.104/2015, foi incluída no ordenamento jurídico penal a qualificadora do feminicídio, definido como sendo o homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. (BRASIL, 2015)

O feminicídio é a eliminação da vida da mulher, que sempre foi tutelada pelo Direito Penal na forma do homicídio. Todavia, com o objetivo de conferir maior proteção à mulher em face da nítida opressão enfrentada no convívio com alguém do sexo masculino, a qualificadora representa a continuidade de uma tutela especial, considerando homicídio qualificado e hediondo a conduta de matar mulher valendo-se de sua condição de sexo feminino. (NUCCI, 2020)

Conforme redação dada pela Lei n. 13.104/2015 ao §2º-A do art. 121 do Código Penal, considera-se existirem razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo/discriminação à condição de mulher. (BRASIL, 2015)

Já a Lei nº 13.142/2015 inseriu a qualificadora do homicídio praticado contra autoridade ou agente descrito nos art. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau em razão dessa condição. (BRASIL, 2015)

Por ocasião da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, passou a ser qualificado também o homicídio praticado com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. (BRASIL, 2019)

E, por fim, tem-se a inclusão de uma nova qualificadora trazida pela Lei 14.344, de 14 de maio de 2022, conhecida como Lei Henry Borel, editada em homenagem ao menino de 4 anos morto por espancamento no apartamento em que morava com a mãe e o padrasto. A lei incluiu o inciso IX ao §2º do art. 121. Antes da alteração legislativa em comento, matar me-

nor de 14 anos constituía mera causa de aumento de pena de 1/3, prevista no § 4º do art. 121. (BRASIL, 2022).

Além disso, a novel legislação inseriu no art. 121 o §2º-B, que dispõe sobre o aumento de pena de 1/3 à metade se a vítima é pessoa com deficiência ou tem doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade, e de até 2/3 se o autor for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela. (BRASIL, 2022).

1.3 Causas de aumento de pena no crime de homicídio

No que concerne às causas de aumento de pena, o §6º do art. 121, CP, prevê a majorante de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio, conforme redação dada pela Lei n. 12.720, de 2012. (BRASIL, 2012)

Por seu turno, o §7º do art. 121 do Código Penal dispõe sobre as causas de aumento de pena no feminicídio, nos termos da Lei n. 13.104, de 2015. Dessa forma, em sendo condenado o agente que praticou o feminicídio, quando da aplicação da pena, o juiz deverá fazer incidir, no terceiro momento do critério trifásico, previsto no art. 68 do Código Penal, o aumento de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II, e III do *caput* do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (GRECO, 2022)

2. ASPECTOS SOBRE A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

O termo “feminicídio” surgiu em 1976 como referência a um crime de ódio cometido contra as mulheres, no Primeiro Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres, em Bruxelas, quando a pesquisadora, escritora

e ativista feminista Diana E. H. Russell (1938 – 2020) tratou de um processo sobre assassinatos misóginos que ocorreram nos Estados Unidos e no Líbano. (MENEGHEL; PORTELLA, 2017)

No Brasil, a palavra ganhou destaque após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha em 2006, mas foi só em 2015, com a entrada em vigor da Lei 13.104/2015, que o termo passou a ser popularmente conhecido.

2.1 A interlocução entre a Lei Maria da Penha e a qualificadora de feminicídio

Após viver um relacionamento abusivo por 23 anos e ver seu ex-marido, Marco Antônio Heredia Viveros, sair impune pelos crimes dos quais fora vítima, Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica que ficou paraplégica após ser baleada por seu algoz nas costas enquanto dormia, denunciou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH/OEA) em 1998. (IMP, 2018)

Em 2001, a CIDH/OEA condenou o Brasil por negligência, omissão e tolerância em razão de sua falha e morosidade nos crimes de violência doméstica contra as mulheres e recomendou o término processual penal ao agressor de Maria da Penha; a averiguação de irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo dos processos criminais que Marcos Antônio respondia; e a adoção de medidas para a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher. (CIDH/OEA, 2001)

Em 2002, foi formado um Consórcio de ONGs Feministas para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Esse Consórcio apresentou um projeto de lei ao Congresso Nacional e, após muitos debates envolvendo vários órgãos do Poder Público e a sociedade, o Projeto de Lei nº 4.559/2004 foi aprovado por unanimidade tanto na Câmara do Deputados quanto no Senado Federal. (IMP, 2018)

No dia 07 de agosto de 2006, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, que foi considerada pela ONU como sendo a terceira melhor lei de enfrentamento à violência doméstica do mundo. (MACEDO, s/d)

A lei em comento criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispôs sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e alterou alguns dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. (BRASIL, 2006)

Atualmente, a Lei Maria da Penha conta com 46 (quarenta e seis) artigos distribuídos em 7 (sete) títulos. No título I, tem-se o destaque quanto à responsabilidade da família, da sociedade e do poder público de criar as condições necessárias para o efetivo exercício, por qualquer mulher, dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2006)

No Título II, além de conceituar a violência doméstica e familiar contra a mulher e dispor sobre os espaços em que as agressões são qualificadas como tal, tem-se as definições das suas formas (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral). (BRASIL, 2006)

Quanto ao Título III, tem-se a questão da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, com indicação de medidas integradas de prevenção, atendimento pela autoridade policial e assistência social às vítimas. Já no Título IV, foram dispostos os procedimentos processuais aplicáveis aos processos, julgamentos e às execuções das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, além de dispor sobre a assistência judiciária, a atuação do Ministério Público e as medidas protetivas de urgência. Por fim, o Título V previu a criação do Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e os Títulos VI e VII trataram das disposições transitórias e finais, respectivamente. (BRASIL, 2006)

Ressalta-se que na redação original da Lei Maria da Penha, não foi instituído nenhum crime. Só em 2018 ocorreu a inclusão do artigo 24-A pela Lei nº 13.641, prevendo o crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência. (BRASIL, 2006)

De acordo com um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea – em que se analisou o impacto da Lei Maria da

Penha sobre a mortalidade de mulheres, constatou-se que, após dez anos da entrada em vigor da lei, o decréscimo no número de mortes de mulheres foi “sutil”. A pesquisa indica que, entre 2001 e 2006 (antes da lei), foram mortas, em média, 5,28 mulheres a cada 100 mil; após a edição da lei, entre 2007 e 2011, considerando a mesma quantidade (100 mil), o número de assassinatos reduziu para 5,22. (GARCIA, et. al., 2013)

Diante desses dados, o Congresso Nacional decidiu investigar a situação de violência contra as mulheres e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência através de uma outra CPMI, a qual iniciou seus trabalhos em março de 2012.

Após um ano e meio de trabalho, a CPMI realizou 24 audiências públicas, visitou delegacias, procuradorias e tribunais de justiça, ouviu dirigentes de movimentos de mulheres e analisou vários documentos enviados pelos Estados brasileiros. Em julho de 2013, a CPMI aprovou o relatório final, com 73 recomendações aos diversos órgãos e poderes públicos. Além disso, apresentou 3 projetos de Lei, dentre os quais estava o de mudança do Código Penal, para incluir a qualificadora do feminicídio como assassinato de mulheres por questões do sexo feminino e incluir o §7º ao art. 121, dispondo causas especiais de aumento de pena no feminicídio. (BRASIL, 2013).

O citado projeto de lei foi aprovado nas duas casas legislativas e resultou na Lei 13.104, que foi sancionada no dia 9 de março de 2015 e ficou conhecida como a Lei do Feminicídio.

3. A TRANSEXUALIDADE E A LEI MARIA DA PENHA

A visibilidade sociopolítica dada às pessoas transgênero e transexuais é algo muito recente. A concessão do direito ao processo de transgenitalização viabilizada pelo Estado e a desvinculação da identidade trans do âmbito das patologias psiquiátricas proporcionaram, em tese, a caminhada dessas classes das margens sociais, onde por muitos anos estiveram esquecidas ou secundarizadas. Tudo isso tem se dado por uma incessante luta por direitos dessa classe, a fim de fundamentar a necessidade por maior assistência judiciária (CARNEIRO, 2019).

A primeira organização brasileira voltada para a organização política da categoria foi estruturada em 1992, no Rio de Janeiro, e denominada Associação das Travestis e Liberados do Rio de Janeiro (ASTRAL). Esse período está vinculado à grande demanda por maior segurança e combate à violência que era praticada pelos próprios policiais nos pontos de prostituição na cidade, assim como na luta contra o vírus da imunodeficiência humana (CARVALHO; CARRARA, 2013).

A cisão entre os conceitos de identidade travesti e identidade de gênero “transsexual” só foi reivindicada anos mais tarde, em 1995, a partir da criação do Grupo Brasileiro de Transexuais (GBT), seguido pelo Movimento Transsexual de Campinas (MTC), no ano de 1997. Isso ocorreu por conta da necessidade de se dar maior atenção à reestruturação do discurso médico-psiquiatra, o qual determinava, até então, a necessidade de realização de procedimentos cirúrgicos e terapias hormonais para a devida redesignação sexual, sendo inserido na sociedade o termo *transgênero* e a expressão *identidade de gênero*, a fim de delimitar a relação entre o gênero e a identidade da pessoa. (CARNEIRO, 2019).

Contemporaneamente, os movimentos em prol das pessoas trans convergem seus interesses no sentido de combater a violência e os atos discriminatórios praticados constantemente pela sociedade contra a classe e suas demandas. É nesse cenário que se discute a aplicabilidade da Lei Maria da Penha às pessoas transexuais.

3.1 A aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres trans

Objetivando proteger travestis e transexuais, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Proteção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), órgão administrado pela Secretaria dos Direitos Humanos, expediu a Resolução nº 11/2014, determinando a inserção de campos para explicitar a orientação sexual, a identidade de gênero e o nome social em boletins de ocorrências policiais quando pessoas dessa categoria fossem vítimas de violência. (BRASIL, 2014)

Nesse cenário, em 28 de abril de 2016, em consonância com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi expedido pela então Presidente da Repú-

blica Dilma Rousseff o Decreto de nº 8.727, dispondo sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O objetivo do mencionado decreto foi o de firmar a utilização do nome social por travestis e transexuais, de modo a serem identificadas socialmente, tendo seu gênero respeitado, sem necessidade de ter relação com o sexo biológico. (BRASIL, 2016).

Tal medida passou a viabilizar que os órgãos competentes se debruçassem sobre a essência das atrocidades cometidas nos crimes contra a comunidade LGBT, legitimando estatísticas e permitindo uma conexão direta entre medidas protetivas e a identidade de gênero. É nesse viés que nasce uma nova luta: o enquadramento das mulheres trans como dignas de proteção especial advinda da Lei Maria da Penha. (CARNEIRO, 2019).

Ao analisar os artigos 2º e 5º da Lei 11.340/06, conclui-se que o legislador claramente utiliza o termo *mulher* como sujeito passivo de condutas que são abrangidas pela proteção conferida pela legislação especial. Contudo, o art. 5º da mesma lei determina que a violência doméstica e familiar é configurada a partir da ação ou omissão que forem baseadas no gênero. (BRASIL, 2006).

Objetivando adequar a legislação a uma realidade social, foi proposto o Projeto de Lei 8.032/14, responsável por ampliar a proteção de que trata a Lei 11.340/06 às pessoas transexuais e transgêneros, alterando os arts. 1º, 2º e 5º da referida lei, que passariam a prever que as relações pessoais enunciadas na Lei “independem de orientação sexual e se aplicam às pessoas transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres”. (BRASIL, 2014). Contudo, o projeto havia sido arquivado. Houve o desarquivamento em 22 de fevereiro de 2019 e, atualmente, aguarda parecer do deputado relator Márcio Jerry.

Com base nessa circunstância, inúmeros debates se originaram na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicabilidade da Lei Maria da Penha para as mulheres transexuais, uma vez que o termo utilizado não abarcou todas as pessoas inseridas no gênero feminino, como as transgênero e as travestis.

Nesse viés, parte da doutrina e jurisprudência brasileira se posicionou no sentido de que a qualidade especial para aplicação da Lei Maria da Penha é ser mulher, situação que abarca lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, ou seja, pessoas que tenham identidade social com o sexo feminino, sob o argumento de que seria um contrassenso deixar à margem da proteção legal aquelas que se reconhecem como mulher. (DIAS, 2016).

Em sentido diametralmente oposto, outra corrente doutrinária e jurisprudencial partiu do entendimento de que o conceito “mulher” é usado na Constituição Federal, e nada justifica que ele seja interpretado, ao menos em matéria penal, como diferente do “sentido científico”. (SANTOS, 2021).

Representando essa segunda corrente divergente, tem-se o julgado da Décima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do processo 1500028-93.2021.8.26.0312, que negou medidas protetivas de urgências previstas na Lei Maria da Penha a uma mulher transexual. Conforme o Desembargador Relator Francisco Bruno, é indiscutível que a legislação garante a todos, homens e mulheres, o pleno exercício de suas liberdades sexuais, o que não dá ao transgênero masculino o direito de ser considerado mulher, devendo ser criada uma legislação específica para transexuais, pois a equiparação do interessado à mulher (e a esta está vinculado o pedido) ofende o princípio da tipicidade estrita e o da proibição da analogia *in malam partem*. (SANTOS, 2021).

Um terceiro posicionamento doutrinário e jurisprudencial se firmou em meio a essa discussão, considerando como condição para aplicação da Lei Maria da Penha a exigência da cirurgia de transgenitalização (aspecto físico) e da alteração registral de prenome e estado sexual (aspecto social) para que a transexual feminina fosse considerada mulher sob o prisma jurídico. (SANTA CATARINA, 2009)

Foi nesse viés que o Tribunal de Justiça do Pará reformou decisão de primeira instância que negou o pedido de acesso às medidas protetivas especificadas na Lei Maria da Penha a uma mulher transexual que havia sofrido violência doméstica por parte de seu ex-companheiro, sob o argumento de que não havia feito a cirurgia de mudança de sexo e nem havia mudança de seu registro civil. (PARÁ, 2017).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em divergência, firmou entendimento de que a abrangência da Lei Maria da Penha sobre mulheres trans decorre da liberdade de autodeterminação individual, considerando o nome social que adota a pessoa, a forma como ela se comporta, se veste e se identifica, sendo a alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização apenas opções disponíveis para que o indivíduo exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. (DISTRITO FEDERAL, 2019).

O referido tribunal, ainda, assentou que não há analogia *in malam partem* ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, uma vez que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha. (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Recentemente, em 05 de abril de 2022, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento histórico, decidiu que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada para proteger mulheres transexuais. Apesar de a decisão ser restrita ao caso levado a julgamento através do Recurso Especial 1977124/SP, já é considerada um relevante precedente para outros casos que versem sobre a temática no Judiciário.

No caso em voga, a vítima foi agredida pelo pai, que chegou alcoolizado em casa e, por não aceitar a condição de transexual da filha, a agrediu. O Ministério Público do Estado de São Paulo requereu o afastamento do agressor do lar, mas, em primeira instância, a protetiva foi negada, sob o argumento de que a Lei Maria da Penha se aplica somente às mulheres no sentido biológico. O Tribunal de Justiça manteve a decisão.

No STJ, o ministro Rogério Schietti destacou que a aplicação da Lei deve ser estendida às mulheres transgênero que se definem e se identificam como mulheres, inclusive porque o crime foi praticado por um pai em uma relação de domínio e opressão ao comportamento da filha transgênero. (BRASIL, 2022).

No mesmo sentido, a ministra Laurita Vaz ponderou que a discriminação é de gênero, pois a mulher trans é agredida, em regra, especificamente por sua condição de mulher, sendo o crime praticado no mesmo contexto cultural que conduziu o legislador a editar a Lei Maria da Penha, cuja premissa fundamental é o repúdio à violência doméstica e familiar baseada no gênero. (BRASIL, 2022).

Pelo exposto, possível concluir que, não obstante a decisão do Superior Tribunal de Justiça não ser aplicável a todos os casos semelhantes em discussão no Judiciário, a tendência é que haja uma pacificação sobre o assunto, com a incidência das especificidades da Lei Maria da Penha às mulheres transexuais e transgênero.

4. PRECONCEITO QUE MATA: O ASSASSINATO DE MULHERES TRANS E A INCIDÊNCIA (OU NÃO) DO FEMINICÍDIO

O feminicídio, enquanto qualificadora do crime de homicídio, não está vinculado de forma absoluta à Lei Maria da Penha, uma vez que esta só é aplicada em casos de violência doméstica e/ou familiar, sendo a essência da referida lei a violência de gênero.

O Código Penal, no §2º-A do artigo 121, determina que o feminicídio incide sobre o homicídio de mulheres por razões de sexo feminino, sendo estas o menosprezo e discriminação à condição de ‘mulher’ ou quando ocorre no contexto de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 1940)

Diante do exposto, o presente tópico deste estudo tem por objetivo develar se o feminicídio também pode incorrer no caso de assassinatos de mulheres trans, já que o Código Penal não amplia a interpretação da qualificadora pelo gênero, mas restringe pela condição de mulher.

4.1 O mapeamento de assassinatos de mulheres trans no Brasil

Os índices de violência que recaem sobre mulheres trans têm se revelado preocupantes no país. Conforme pesquisa realizada pela ONG *Transgender Europe*, no Brasil, entre janeiro de 2008 e abril de 2013, ocorreram

assassinatos de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) transexuais e travestis, número quatro vezes maior do que os verificados no México, o segundo país com maior número de homicídios contra a população transexual em todo o mundo. (SCHWARCZ, 2019).

Por tal circunstância, no ano de 2014, a ONU (Organização das Nações Unidas) elaborou o modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero, especificando como violência contra a mulher a morte transfóbica, ou seja, o homicídio de mulher transgênero ou transexual motivada pelo desprezo pela condição de gênero da vítima. (CAVADAS, 2021).

Conforme o “Dossiê: a Geografia dos Corpos das Pessoas Trans”, o risco de uma pessoa travesti, transexual ou transgênero ser assassinada é 14 vezes maior que o de um homem cis gay, sendo que a probabilidade dessa morte ser violenta é 9 vezes maior. Além desse dado alarmante, o documento ainda informa que quase metade dos homicídios contra pessoas trans do mundo ocorre no Brasil. (NOGUEIRA; AQUINO; CABRAL, 2017).

Entre 1º de outubro de 2015 e 30 de setembro de 2016, foram registradas 123 mortes de pessoas trans. E de setembro de 2016 até o final daquele ano, foram contabilizados 144 assassinatos de pessoas trans no país. (NOGUEIRA; AQUINO; CABRAL, 2017).

No ano de 2017, ocorreram 169 assassinatos de travestis e mulheres transexuais. A maior concentração dos assassinatos foi contabilizada na região nordeste, com 69 (39% dos casos), seguido da região sudeste, com 57; Norte e Sul, com 19 casos; e Centro-Oeste, com 15 assassinatos (ANTRA, 2018).

O Dossiê de assassinatos contra travestis e transexuais de 2018 constatou 163 homicídios, sendo, em números absolutos, o Rio de Janeiro o líder em assassinatos da população trans, contando com 16 casos. Em segundo lugar, a Bahia registrou 15. Em terceira posição, ficou São Paulo, com 14 casos; em quarto lugar, o Ceará, com 13 assassinatos. Ocupando a quinta posição, o Pará, com 10 homicídios. Minas Gerais apareceu com 9 mortes; o Rio Grande do Sul, Paraná e Mato Grosso, com 8 casos; Pernambuco contou com 7, e os estados do Rio Grande do Norte, Goiás, Espírito Santo e Amazonas, com 6 casos. Sergipe e Paraíba, com 5 homicídios; Santa Ca-

tarina, 4, Maranhão e Alagoas, 3. Piauí, Mato Grosso do Sul e o Distrito Federal, com 2 mortes. Tocantins, Roraima e Rondônia, com 1 assassinato. Acre e Amapá não registraram nenhum caso. (ANTRA, 2019).

Um estudo realizado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), com apoio de universidades como a Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Federal de São Paulo (Unifesp) e Federal de Minas Gerais (UFMG), revelou que, em 2021, foram registrados 140 assassinatos de pessoas trans no Brasil. Desse total, 135 tiveram como vítimas travestis e mulheres transexuais. O número, em tese, foi menor do que o do ano anterior (2020), quando foram registrados 175 assassinatos de mulheres trans. Mas foi superior ao de 2019, quando foram contabilizados 124 óbitos. Assim, o Brasil foi, pelo 13º ano consecutivo, o país onde mais pessoas trans foram assassinadas. (ANTRA, 2022).

Conclui-se que os dados de assassinatos de pessoas transexuais num panorama nacional têm se mostrado alarmantes. O número de mortes em 2021 está acima da média desde 2008. É com base nesses números que medidas repressivas mais drásticas em casos de homicídios transfóbicos se revelam necessárias. Como alternativa, sugeriu-se que a qualificadora do feminicídio fosse utilizada nesses casos para endurecer a punição nesse tipo de crime. Nessa toada, é imperiosa a necessidade de se analisar a adequação do instituto ao caso, sob o aspecto do garantismo penal prevalecente no sistema jurídico hodierno.

4.2 Um olhar sobre a (não) incidência do feminicídio no homicídio de mulheres trans sob o aspecto do garantismo penal brasileiro

Durante longo período, a história do Direito Penal foi marcada por um desejo inquietante de vingança, sobre o qual se sustentavam os mais horrendos métodos de punição. Nesse viés, o Direito Penal Garantista surgiu com o objetivo de limitar o estabelecimento da pena, freando-o diante dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Sob essa ótica, o presente tópico desta pesquisa visa a analisar se existe a viabilidade da aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres

transexuais ante a ausência de uma qualificadora que discipline de forma específica sobre o assassinato delas.

4.3 Breves apontamentos sobre o Garantismo Penal

Luigi Ferrajoli, criador da Teoria do Direito Penal Garantista, baseou-se, principalmente, na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, responsável por instituir uma organização piramidal para os tipos normativos. Para ele, a Constituição é a norma superior e deve ser respeitada pelas demais. Através dessa organização piramidal, surge o Estado Constitucional de Direito, em que uma norma infraconstitucional deve estar em consonância com a Carta Magna. (FERRAJOLI, 2010).

Em resumo, o garantismo penal determina que a pena seja imposta somente quando houver uma lei que preceda a infração, e que seja aplicada de forma mínima, apenas quando estritamente necessária. Isso porque a função da pena há muito deixou de ser a vingança ou o castigo, como afirmava a teoria retribucionista. A pena no Direito Penal Garantista deve ser aplicada visando à minimização da violência e da privação de liberdade do indivíduo.

Diante disso, é possível concluir que “o garantismo exerce a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas” (CUNHA, 2017, p.39), fazendo surgir o modelo de Direito Penal Mínimo, que necessita, além da disposição legal do delito e comprovação de sua autoria, verificar a necessidade de sua aplicação, buscando sempre formas alternativas para a recuperação do indivíduo infrator que impliquem em uma menor restrição de sua liberdade.

A teoria do garantismo penal condiciona o princípio da legalidade estrita como um dos seus 10 axiomas “– *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei) –, constituindo assim, um modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, fundamentado no art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Constitucional”. (FERRAJOLI, 2010, p.91).

Uma das garantias que deriva do princípio da legalidade estrita é a proibição da utilização da analogia em *in malam partem* em norma penal. Nos ditames do princípio da legalidade, uma lei penal só pode ser criada

quando estritamente necessária, e o julgador só pode aplicar o Direito quando expressamente previsto na legislação penal, servindo o princípio em comento como um freio garantidor do cidadão contra abusos por parte do Estado.

Pode-se concluir, assim, que a proibição da analogia é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que é possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, não se deve falar em raciocínio analógico.

Contudo, imperioso mencionar que a aplicação da analogia não fere o princípio da estrita legalidade se não trouxer prejuízo ao acusado em um processo criminal. Se a analogia for feita em benefício do suposto criminoso – *analogia in bonam partem*, esta deve ser prestigiada sob a ótica garantista.

4.4 Análise sobre a aplicabilidade da qualificadora para o homicídio de mulheres trans

Como visto, a Lei 13.104/2015 veio qualificar e agravar a pena do homicida que atenta contra a vida de mulher por motivos de condição de sexo feminino, seja em razão de violência doméstica e familiar, seja por menosprezo ou discriminação à sua condição de mulher. Sob esse viés, por óbvio, exclui-se do homem a possibilidade de figurar como vítima desse crime.

Todavia, necessário o questionamento em relação à transexual. É possível a mulher trans figurar como vítima de feminicídio?

Diante disso, três correntes passaram a traçar discussões sobre a temática, trazendo argumentos sobre a possibilidade ou não de a transexual figurar como vítima em casos que avocam a qualificadora.

A primeira, mais conservadora, passou a defender que o transexual não é mulher, apesar de transmutar fisicamente seu órgão genital, razão pela qual, não poderia estar abarcado pela proteção especial da Lei nº 13.104/2015. Conforme Gonçalves “somente mulheres podem ser sujeito passivo de feminicídio.” (2016, p. 199)

Nessa perspectiva, o sujeito passivo é somente a mulher e, por força do Princípio da Legalidade Estrita, não se pode estender a proteção ao

transexual, pois o ordenamento jurídico brasileiro não admite a analogia *in malam partem*. (CAPEZ, 2021).

Para essa corrente, o feminicídio não deve incidir na hipótese de a vítima ser mulher transexual, visto que, sob os aspectos morfológicos, genéticos e endócrinos, a vítima continuaria a pertencer ao sexo masculino, mesmo tendo sido realizada a cirurgia de transgenitalização. A legislação, taxativamente, se refere a ‘mulher’, não a ‘gênero’, em situação diversa da observada na Lei Maria da Penha, que fala em gênero e, por isso, tem admitido essa extensão. (BARROS, 2015)

A segunda corrente passou a defender que se o transexual tiver feito a cirurgia de mudança de sexo de forma definitiva e a retificação de seu registro civil, deve ter o tratamento dispensado de acordo com a sua nova característica física, vez que a psicológica já o colocava nessa posição. (DELMANTO, 2016).

Verifica-se que tal posicionamento combina dois critérios: o biopsicológico, consistente na realização da mudança do sexo de origem para correlação ao sexo psicológico; e o jurídico, traduzindo-se como a alteração do gênero nos assentamentos civis.

Flexibilizando essa concepção, alguns defensores sustentam que basta a alteração do registro civil, mesmo sem cirurgia, uma vez que a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso de transexual que obteve formalmente o direito de ser reconhecida como mulher, não há como negar a incidência da lei penal, porque, para todos os demais efeitos, essa pessoa será considerada mulher. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4275, já decidiu que transexuais podem alterar o nome e o sexo no registro civil sem a submissão à cirurgia e sem necessidade de autorização judicial, em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CUNHA, 2019).

Assim, a pessoa que portar um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) em que figure, expressamente, o seu sexo feminino, poderá ser considerada sujeito passivo do feminicídio. (GRECO, 2016).

Uma terceira corrente passou a defender que a mulher transexual deve ser considerada vítima de feminicídio, uma vez que a qualificadora incide

quando há o assassinato de qualquer pessoa do sexo feminino, desde que o crime tenha sido cometido por razões de sua condição de gênero, sendo que o substantivo “mulher” abrange transexuais e travestis que se identifiquem como pertencentes ao sexo feminino (BITTENCOURT, 2017). Percebe-se que, para essa linha, basta que a vítima se reconheça como mulher, ainda que não haja qualquer mudança em seu registro civil.

No Judiciário brasileiro, há casos pontuais reconhecendo a mulher transexual como possível vítima de feminicídio. O primeiro caso data de outubro de 2016, oportunidade em que o Ministério Público de São Paulo denunciou o ex-companheiro de uma transexual morta a facadas por ele em fevereiro daquele ano. A denúncia especificou que quando há alteração no registro civil de homem para mulher e quando há uma autodeterminação no campo psicológico, o homem passa a ser considerado, no mundo jurídico, como uma mulher. (ACAYABA; ARCOVERDE, 2019)

No Distrito Federal, o Tribunal de Justiça, de forma pioneira, em agosto de 2019, manteve a decisão do juiz presidente do Tribunal do Júri de Taguatinga que admitiu denúncia do Ministério Público contra dois homens por tentativa de feminicídio contra uma mulher transgênero.

O recurso apresentado pelos réus teve por objetivo decotar a referida qualificadora, sob o argumento de que a vítima não pertencia biologicamente ao sexo feminino e, portanto, não deveria ser tipificado o crime na condição de feminicídio. Todavia, os desembargadores concluíram que havia indícios suficientes nos autos de que o homicídio foi motivado “por ódio à condição de transexual”, o que caracteriza menosprezo e discriminação ao gênero feminino adotado pela vítima, que, inclusive, tinha procedido com alteração do registro civil. O ódio ao gênero se revelou quando os acusados agrediam fisicamente a vítima e diziam a ela que “era para virar homem”, o que caracteriza o menosprezo à condição de mulher. (DISTRITO FEDERAL, 2019).

Diante do feito, o caso foi levado pela Defensoria Pública do DF, em 15 de dezembro de 2020, ao Superior Tribunal de Justiça, tendo ela postulado pela exclusão da qualificadora do feminicídio. Em decisão, o STJ assestou que cabe ao Tribunal do Júri o debate acerca da efetiva aplicação da

qualificadora do feminicídio em crime contra a vida praticado em face de vítima transexual, se houver indicativo de prova de sua possível ocorrência. (VITAL, 2021).

Conclui-se, assim, que a despeito dos casos ainda incipientes no Judiciário brasileiro, há uma tendência de adotar a aplicação da qualificadora do feminicídio para mulheres transexuais que tenham, pelo menos, alterado o registro civil, ainda que não tenha ocorrido a cirurgia de transgenitalização. Em breve, os tribunais superiores deverão se manifestar sobre a temática, uma vez que o assunto tem gerado diversos impactos e discussões nos âmbitos social, acadêmico e jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nome do Garantismo Penal, exteriorizado, além de outros, pelo princípio da legalidade estrita, a legislação brasileira traçou as bases de combate às formas de violência contra a mulher, instituindo legislação especial, qual seja, a 11.340/06, denominada de Lei Maria da Penha, que, claramente, prevê a proteção da mulher devido à violência de gênero a que foi historicamente submetida.

Não se pode olvidar que é dever do Estado proteger todos os indivíduos que o compõem, devendo haver uma atenção especial destinada às minorias que dele fazem parte, uma vez que somente assim essas minorias poderão ser, de fato, assistidas e ter seus direitos preservados.

A conclusão inafastável que se tem diante de tal assertiva é que a mulher trans deve estar protegida pela Lei Maria da Penha, uma vez que a legislação em voga protege a mulher em sentido amplo, objetivando combater a violência pautada no gênero.

Nesse viés, concluiu-se que a Lei 13.104/2015 e suas atualizações, que disciplinam sobre a qualificadora do feminicídio no crime de homicídio, são de extrema importância para consagrar a efetiva proteção para as mulheres. O homicídio doloso contra a mulher por razão das condições do sexo feminino encontra embasamento na própria Constituição Federal e se concretiza na igualdade material, já que o percurso histórico do Brasil revela nítida desigualdade de forças e submissão cultural das mulheres pelos homens.

A problemática se revelou quando se analisou a possibilidade de incluir mulheres trans no contexto do homicídio qualificado pelo feminicídio, uma vez que nessa circunstância, o legislador não incluiu a palavra “gênero”, diversamente do que fez na Lei Maria da Penha.

Diante dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, constatou-se que, apesar de divergências, se revelou viável a hipótese de a mulher transexual figurar como sujeito passivo do feminicídio, o que responde afirmativamente à pergunta proposta quando definido o objetivo geral da pesquisa.

Para os poucos julgados contemporâneos sobre a temática, a identidade de gênero de uma pessoa corresponde à maneira como ela se reconhece com relação ao seu gênero, podendo esse reconhecimento não guardar relação com seu sexo biológico ou sua orientação sexual. Nos casos em que a vítima, mesmo sendo do sexo masculino, tem sua identidade enraizada no gênero feminino, ostentando um registro oficial, poderá ser o sujeito passivo no crime de homicídio qualificado pelo feminicídio.

Entretanto, uma discussão salutar foi pouco observada nos casos analisados: o óbice advindo da analogia *in malam partem*.

Quando a qualificadora do feminicídio ganhou seus contornos, tal fato ocorreu por uma luta das mulheres contra o patriarcado histórico que por longo período não as via como sujeitos de inúmeros direitos que foram conquistados com o tempo. Cabe lembrar que, antes, a legítima defesa do homem que matava a mulher adúltera era uma excludente de ilicitude prevista na própria lei. A dignidade sexual da mulher não a abrangia em sua plenitude como ser humano, e ela era vista como objeto pertencente ao seu “dono”.

Percebe-se que a qualificadora do feminicídio foi trazida ao ordenamento para proteger a mulher no sentido biológico, tanto que a pena do crime já qualificado é se o crime for cometido contra mulher gestante ou nos três meses após o parto, situação que não contempla a transexual feminina, o que já traz elementos para refutar a aplicação da qualificadora para mulheres trans.

A luta pelos direitos das pessoas transexuais, além de ter iniciado em momento muito posterior, se revela destoante do tipo de preconceito que

se deu em desfavor das mulheres, que foi enraizado na submissão e posse pelo sexo masculino. Tanto que, no caso de homicídio no DF, os agressores atacavam a vítima e a mandavam virar homem, o que demonstra não uma submissão, mas sim aversão e ódio à identidade de gênero.

Nessa perspectiva, entende-se que o feminicídio não deve ser utilizado como um “remendo” à ausência de legislação para coibir de forma mais severa a transfobia. O Estado deve encarar a situação como uma preocupação inadiável e tratar a situação sob a ótica da estrita legalidade. Afinal, as minorias merecem o reconhecimento pelas lutas que travam, devendo ser respeitadas a singularidade e especificidades de cada uma delas. Utilizar a analogia para equiparar mulheres trans a mulheres biológicas para aplicação da qualificadora de feminicídio é flexibilizar a incidência da analogia *in malam partem*, o que sufraga o princípio da legalidade estrita, ferindo o garantismo penal.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo. Polícia de SP registra 1ª transexual como vítima de feminicídio; casos aumentam 54% no 1º quadrimestre. **G1**. São Paulo. 31 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/31/policia-de-sp-registra-primeira-transexual-como-vitima-de-femicidio-casos-aumentam-54percent-no-1o-quadrimestre.ghtml>. Acesso em: 03 Jul. 2022.

Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA). Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017. Bruna G. Benevides (Org). – Brasília: Distrito Drag, 2018. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/04/dica-profissionais-do-sexo-covid19-antra.pdf>. Acessado em: 3 Jul. 2022.

Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA). Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018. Bruna G. Benevides e Sayonara Naider Bonfim Nogueira (Orgs.). Brasília: Distrito Drag, 2019. Disponível em: <http://hshjovem.abiaids.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Dossie-dos-ASSASSINATOS-TRANS-em-2018.pdf>. Acesso em: 3 Jul. 2022.

Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA). Dossiê assassinos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021. Bruna G. Benevides (Org). – Brasília: Distrito Drag, 2022. Disponível em: https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2022/01/2022_Antra_DossieAssassinatosEViolencias.pdf. Acesso em: 3 Jul. 2022.

BATISTA, Francesca Alves. **O transgênero segundo o STF**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5758, 7 abr. 2019. Disponível em: <https://revista.jus.com.br/artigos/73069/o-transgenero-segundo-o-stf>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais**, 2015. Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>. Acesso em: 03 Jul. 2022.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>. Acesso em: 03 Jul. 2022.

BRANCO, Alzelico Seide; KRIEGER, Jorge Roberto. A emoção e o crime: quando a paixão mata. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 50-68, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/932/Arquivo%2004.pdf>. Acesso em: 05 Jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

_____, **Lei nº. 11.340**, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha). Diário Oficial da União, Brasília, 8 mar.

_____, Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. **Relatório final: violência contra a mulher**. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496481?show=full>. Acesso em: 03 Jul. de 2022.

_____, Secretaria dos Direitos Humanos. **Resolução nº 11**, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: https://www.mppe.mp.br/mppe/attachments/article/4067/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%B0%2011_2014_CNCD_LGBT.pdf. Acesso em 03 Jul. 2022.

_____, **Lei n. 13.104/2015**, de 9 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, 10 mar.

_____, **Decreto de nº 8.727**, de 28 de abril de 2016. Diário Oficial da União, Brasília, 29 abr.

_____, **Lei nº. 13.964**, de 24 de dezembro de 2019, (Pacote anticrime). Diário Oficial da União, Brasília, 30 abr.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 779. Relator Min. Dias Toffoli. 15 de março de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 de Jul. de 2022.

_____, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1977124/SP. Relator Min. Rogério Schietti. 05 de abril de 2022. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 de Jul. de 2022.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: volume 2: parte especial arts. 121 a 212, 21ª ed. Saraiva Jur, 2021.

CARNEIRO, Melyssa Inêz Silva. A aplicabilidade da Lei Maria da Penha para travestis e transexuais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52788/a-aplicabilidade-da-lei-maria-da-penha-para-travestis-e-transexuais>. Acesso em: 03 jul. 2022.

CARVALHO, M.; CARRARA, S. Em direção a um futuro trans?: Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 319-351, ago. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sess/a/bwWdcsDTNwS-9mxzBkX6MSmx/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 03 jul. 2022.

CAVADAS, Fernanda Pereira Alexandre. *Feminicídio e transexualidade: crítica e debate sobre a aplicação da qualificadora nos processos criminais*. **Revista Jus Navigandi**. 2021. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/93684/feminicidio-e-transexualidade>. Acesso em: 03 Jul. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (CIDH/OEA). **Relatório n. 54/01**, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 02 de Jul. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). Volume Único. 5ª Edição. Editora Juspodivm. 2017. Bahia.

_____. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. **Manual de direito penal** – volume único. 14ª ed. JusPodivm, 2021.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. São Paulo, 2016. Disponível em: https://congressods.com.br/sexta/anais_sexta/ARTIGOS_GT06/A%20POSSIBILIDADE%20DE%20APLICACAO%20DA%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20PARA%20TRANSGENEROS.pdf. Acesso em: 03 de jul. 2022.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça**. RSE20171610076127. Relator George Lopes. 05 de abril de 2018. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 03 Jul. 2022.

_____, **Tribunal de Justiça**. RSE2018161001382. Relator Silvanio Barbosa dos Santos. 14 de fevereiro de 2019. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 03 Jul. 2022.

_____, **Tribunal de Justiça**. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/tjdft-entende-que-de>

lito-de-feminicidio-tambem-deve-alcancar-mulheres-transgeneros. Acesso em: 3 Jul. 2022.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Geral: arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010.

FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

FRANÇA, Genival Lacerda Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

GARCIA, L. P. *et. al.* **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2013. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Estudos_e_Pesquisas/2013%20-%20BRASIL%20-%20IPEA%20-%20Violencia%20contra%20a%20mulher-%20feminicidios%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 03 de Jul. 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**, parte especial, esquematizado. 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

GRECO, Rogério. **Feminicídio** - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acesso em: 03 Jul. 2022.

_____. **Curso de direito penal**: volume 2: parte especial: artigos 121 a 212 do código penal. 19ª ed. – Barueri SP: Atlas, 2022.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, volume V, arts. 121 a 136. 5ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

INSTITUTO MARIA DA PENHA (IMP). **HomePage**. Fortaleza: IMP, 2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 02 de jul. 2022.

MACEDO, Ana Raquel,. Os avanços e os desafios da Lei Maria da Penha. **Rádio Câmara**, s/d. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/radio/programas/413523-os-avancos-e-os-desafios-da-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 02 de Jul. 2022.

MENEGHEL, Stela Nazareth e PORTELLA, Ana Paula. Femicídios: conceitos, tipos e cenários. **Ciência & Saúde Coletiva** [online]. 2017, v. 22, n. 9. pp. 3077-3086. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/csc/a/SxDfYB4bPnxQGpJBnq93Lhn#>>. Acesso em: 5 de Jul. 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP. Volume 2. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

NOGUEIRA; AQUINO; CABRAL, 2017. Dossiê: A geografia dos corpos das pessoas trans. **Redetrans**. Disponível em: <http://redetransbrasil.org.br/wp-content/uploads/2019/10/A-Geografia-dos-Corpos-Trans.pdf>. Acesso em: 04 de Jul. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**, 16^a ed., Forense, 2020.

PARÁ. **Tribunal de Justiça**. Defensoria garante medida protetiva da Lei Maria da Penha para transexual. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/573737-Defensoria-garante-medida-protetiva-da-Lei-Maria-da-Penha-para-transexual-.xhtml>. Acesso em: 03 Jul. 2022.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. CJ 2009.006461-6. 3^a Câmara Criminal. Relator Des. Roberto Lucas Pacheco. 14 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 03 de Jul. de 2022.

SANTOS, Rafa. Revista **Consultor Jurídico**, 20 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/conceito-mulher-nao-cabe-interpretacao-tj-sp-negar-pedido>. Acesso em 3 Jul. 2022.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1^a ed. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa social:** métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 1999.

VIEIRA, M. M. F. e ZOUAIN, D. M. **Pesquisa qualitativa em administração:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

VITAL, Danilo. Qualificadora do feminicídio por crime contra transexual é decisão do Júri, diz STJ. Revista **Consultor Jurídico**, 29 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-29/qualificadora-femicidio-vitima-trans-decisao-juri>. Acesso em 3 Jul. 2022.

A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE DISCURSO DE ÓDIO COMO FERRAMENTA DE DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO: LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO (DES)RESPEITO À DIVERSIDADE EM MEIO AO AMBIENTE DIGITAL

Carlos Henrique Félix Dantas

Mestre em Direito Privado pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE). Pesquisador da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Pesquisador dos Grupos Constitucionalização das Relações Privadas (Conrep/CNPq/UFPE) e Cebid JusBioMed (CNPq/UNEB). Associado ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Atualmente pesquisa nas áreas de Bioética e Biodireito, Direito à Diversidade, Direito das Famílias e das Sucessões. Advogado.

Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto

Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pesquisador da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Advogado. Mediador Humanista. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CONREP/UFPE/CNPq) e do Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional - Grupo Virada de Copérnico (UFPR/CNPq). Membro da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Pernambuco (CDSG/OAB-PE).

Submetido em: 26/05/2022

Aprovado em: 25/08/2022 e 26/08/2022

RESUMO: Este trabalho investiga como a demarcação discursiva do ódio na sociedade contemporânea funciona como uma forma de limitação à liberdade de expressão para promoção do respeito

à diversidade em combate à discriminação de grupos socialmente estigmatizados. Dessa forma, o problema da pesquisa circunda a identificação dos critérios que limitem os excessos à liberdade de expressão frente à discriminação contra aqueles sujeitos que são considerados vulneráveis no ambiente digital. Valoriza-se, por sua vez, a construção jurídica do conceito de discurso de ódio a partir da ideia de tutela da diversidade como forma de reconhecimento do Outro, doravante o ideal de alteridade e respeito à diferença. Para tanto, foi utilizado o método de raciocínio analítico-dedutivo, com abordagem qualitativa, através do emprego das técnicas da revisão bibliográfica, da pesquisa documental e do estudo de caso. Chegou-se, portanto, ao entendimento de que discurso de ódio é uma problemática que impacta o Judiciário, dada a incipiente discussão em torno do seu significado, razão pela qual se torna necessária a promoção dessa discussão, visto que deve ser considerado como um fator limitador da liberdade de expressão no Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão. Discurso de Ódio. Direito Antidiscriminatório. Vulnerabilidade. Diversidade Humana.

ABSTRACT: This work investigates how the discursive demarcation of hate, in contemporary society, works as a way of limiting Freedom of Expression to promote respect for diversity in combating discrimination against socially stigmatized groups. In this way, the research problem involves the identification of criteria that limit excesses to Freedom of Expression in the face of discrimination against those subjects who are considered vulnerable in the digital environment. In turn, the legal construction of the concept of Hate Speech is valued from the idea of protecting diversity as a way of recognizing the Other, henceforth the ideal of alterity and respect for difference. For that, the analytical-deductive method was used, with a qualitative approach, through the use of the techniques of bibliographic review, documental research and case study. Therefore, we came to the understanding that Hate Speech is a problem that impacts the Judiciary, given the incipient discussion around its meaning, which is why it is necessary to promote this discussion, since it must be considered as a limiting factor of Freedom of Expression in the Rule of Law.

KEYWORDS: Freedom of Expression. Hate Speech. Antidiscrimination Law. Vulnerability. Human Diversity.

INTRODUÇÃO

“Ódio” é um termo que tem sido bastante utilizado na atualidade para qualificar os discursos proferidos contra certas pessoas ou grupos sociais, os quais, por alguma razão atrelada sobretudo às suas identidades, padecem, de alguma maneira, com as desigualdades que a sociedade impõe. Tal situação, considerando o viés plural que o meio social contemporâneo apresenta, leva a alguns questionamentos que não podem ser ignorados, como, por exemplo: será que toda emissão de opinião é legítima e deve ser protegida pelo Direito? Mesmo que o parecer opinativo represente a diminuição e a inferiorização de determinada pessoa ou coletividade? E, afinal de contas, o que é esse discurso de ódio tão falado? Teria ele alguma repercussão jurídica?

É importante pontuar que a diversidade humana comporta, na sociedade, diferentes formas de expressão da identidade de gênero e afetividade, bem como ideologias, culturas e demais traços que distinguem a forma de ver e vivenciar o mundo. Todavia, essa pluralidade na forma de existir esbarra também no livre pensamento, corolário da *liberdade de expressão*, que é uma garantia constitucional tutelada pelo Estado de Direito. A partir disso, cria-se no imaginário comum a percepção de que a manifestação de ideias não esbarra em limites, sendo permissível para que todos possam ditar suas opiniões independentemente de ferir a subjetividade do Outro, de modo a ignorar ao revés do ideal de alteridade e respeito à diferença que deve existir na sociedade.

Esse quadro, por sua vez, é utilizado como subterfúgio para alegações de cunho discriminatório e excludente de direitos contra grupos que, pelo seu contexto relacional, já são considerados como marginalizados socialmente, como a população LGBTI+, pessoas com deficiência, mulheres, integrantes de grupos étnico-raciais desprestigiados e de minorais religiosas, entre outros. Por isso, comenta-se que esse tipo de atitude discursiva pode ser enquadrada como odiosa, por promover, no meio social, a incitação da violência, da discriminação e da retirada de direitos que devem ser confe-

ridos para todas as pessoas, independentemente de suas particularidades, como origem nacional, raça, cor, gênero, credo, idade etc.

Nesse segmento, o discurso de ódio enquadra-se como conduta reprovável e que macula a imagem social da pessoa humana vulnerável perante os demais sujeitos, de forma a buscar incitar a retirada de direitos, oportunidades e recursos disponíveis; sendo, assim, necessário que exista, na esfera jurídica, um papel ativo na promoção da defesa dos direitos fundamentais e da personalidade. A partir desse contexto, este trabalho parte da seguinte problemática: em que medida a construção de um conceito jurídico de Discurso de Ódio, enquanto ferramenta de direito antidiscriminatório, pode funcionar como um limitador da *liberdade de expressão* para a promoção do respeito à diversidade?

À vista disso, este artigo buscou analisar de que forma esse discurso de ódio poderá ser considerado enquanto um elemento limitador do exercício da *liberdade de expressão*, corroborando para a promoção do respeito à ideia de diversidade no meio social, com ênfase nas manifestações dispensadas em meio digital. Para isso, objetivou-se: a) compreender os conceitos de estigma e de vulnerabilidade e a sua relação basilar com o discurso de ódio e em que medida a sua demarcação jurídico-conceitual pode funcionar enquanto uma ferramenta de direito antidiscriminatório; b) analisar a demarcação conceitual de *liberdade de expressão* e discurso de ódio a partir do panorama jurídico brasileiro; c) estudar o caso Ellwanger e o papel desempenhado por ele na construção do conceito jurídico de discurso de ódio; e d) investigar os impactos que o discurso de ódio pode gerar no ambiente digital, a partir da análise de dois casos que envolvam excesso no exercício do direito à *liberdade de expressão*.

Para tanto, foi utilizado o método analítico-dedutivo, por meio do recurso à técnica da documentação indireta, de revisão bibliográfica e de pesquisa documental, e do estudo de casos múltiplos com abordagem qualitativa. Nesse sentido, a pesquisa teve caráter exploratório, valendo-se: a) de livros, teses, dissertações e artigos científicos, em meio bibliográfico e digital, para construção de um embasamento teórico jurídico das ideias de *liberdade de expressão*, discurso de ódio e a sua relação com as percepções de estigma e vulnerabilidade; b) do estudo específico do caso Ellwanger, como

paradigma jurisprudencial utilizado para balizar as discussões em torno da tutela jurídica das manifestações odiosas; e c) de notícias, no intuito de realizar um estudo de casos múltiplos, relativos a duas situações envolvendo excessos no exercício da *liberdade de expressão* no meio digital.

1 Estigma, Vulnerabilidade e (Anti)Discriminação: a diversidade como alvo das investidas do discurso de ódio

Antes de abordar especificamente os temas da *liberdade de expressão*, do discurso de ódio e as suas respectivas delimitações conceituais, é necessário destacar, *a priori*, que a relevância e pertinência dessa discussão encontram-se, sobretudo, no fato de haver, no meio social, certos indivíduos e grupos de indivíduos que veem suas existências recortadas por duas circunstâncias específicas: a) o estigma; e b) a vulnerabilidade. Por essa razão, a definição desses dois conceitos servirá de ponto de partida para, em seguida, poder-se compreender a relação intrínseca entre discurso de ódio e *liberdade de expressão* e o papel do Direito na inibição ao primeiro.

Dessarte, a presente discussão será iniciada a partir da ideia de estigma, que poderia ser compreendida como um atributo, carregado por determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, que, frente à ótica da sociedade na qual está inserido, faz com que seja(m) visto(s) por um prisma depreciativo. Sobre o tema, inclusive, não há como deixar de referenciar a obra “*Estigma*” (1963), do sociólogo canadense Erving Goffman, na qual o autor faz uma análise pormenorizada de tal atributo frente à realidade social.

Segundo o autor, tal termo, de origem grega, foi cunhado pelos antigos para indicar os sinais corporais os quais evidenciavam alguma situação extraordinária ou ruim sobre o *status* moral de quem o apresentava. A sua apreensão na contemporaneidade, por outro lado, leva em consideração o fato de a sociedade estabelecer, de modo geral, meios para categorização das pessoas, vinculando a esse processo as noções de “comum” e “natural” (GOFFMAN, 2008, p. 11-12), numa clara tentativa de elaboração do conceito de “normalidade”.

Diante disso, há a construção de uma identidade social para cada indivíduo, que pode ser dividida entre a *identidade social virtual* (a compreensão

de uma pessoa a partir de um retrospecto em potencial de uma categorização à qual ela está vinculada) e a *identidade social real* (os reais atributos e potenciais daquela pessoa em específico). Nesse sentido, o estigma irá surgir quando há um descrédito, uma diminuição do indivíduo em razão de uma discrepância entre a sua *identidade social virtual* e a sua *identidade social real*, ocasionada pela constatação de um atributo que lhe é profundamente depreciativo (GOFFMAN, 2008, p. 12-13). Explica-se: na construção do conceito médico de deficiência, por exemplo, considerava-se que as pessoas com deficiência eram seres limitados em razão das suas condições anátomo-corporais particulares, levando tais indivíduos a serem enxergados com pena e comiseração pelo meio social; ignorando, portanto, as suas reais qualidades e potencialidades, o que acabava acarretando, até mesmo, a restrição de alguns de seus direitos na esfera jurídica (DINIZ, 2007).

Desse modo, pode-se dizer que o estigma e, mais precisamente, o processo de estigmatização, atuam diretamente sobre as relações sociais para desmerecer e desprestigiar aquelas pessoas que possuem características, comportamentos ou traços que as fazem desviar do padrão de “normalidade” socialmente erigido. À vista disso, para os fins do presente trabalho, não há como esta discussão estar dissociada do que seria a noção de vulnerabilidade e a sua assimilação pelo Direito.

A respeito do tema, Carlos Nelson Konder (2015, p. 101-104) elucida que a vulnerabilidade representa uma categoria que emerge dos debates em torno da saúde pública, tendo tal termo sido construído para identificar aqueles indivíduos que, por alguma razão particular, estão mais sujeitos de serem lesionados em seus corpos. Considerando, portanto, essa concepção apriorística, o Direito adota tal conceito para significar a suscetibilidade maior de lesão aos direitos de determinados indivíduos em suas relações jurídicas em razão de determinadas características e/ou circunstâncias que lhes são próprias. A partir daí, pode-se mencionar as noções de vulnerabilidade patrimonial (maior suscetibilidade de vulneração em sua esfera jurídica patrimonial) e de vulnerabilidade existencial (maior suscetibilidade de lesão em sua esfera jurídica extrapatrimonial) (KONDER, 2015, p. 105), sendo essa última a que melhor amolda-se aos contornos delineados pela presente discussão.

Diante disso, Konder (2015, p. 106) menciona que existem no ordenamento pátrio algumas normativas que visam à implementação de tutela jurídica específica e diferenciada para certos grupos que reconhecidamente possuem uma maior propensão a terem seus direitos lesionados, a exemplo: a) o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que considera a vulnerabilidade decorrente da sua qualidade de pessoas em desenvolvimento; b) o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/2003), cuja vulnerabilidade encontra-se nas repercussões do envelhecimento; c) a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que tutela as circunstancialidades das mulheres vítimas de violência doméstica etc.

Nesse sentido, é possível verificar que tais normativas encontram sua fundamentação e justificação, dentre outras razões, nas bases do chamado Direito Antidiscriminatório, o qual, no dizer de Adilson Moreira (2020, p. 50-51), pode ser definido como um ramo jurídico composto por uma gama de normas “[...] que pretendem reduzir ou eliminar disparidades significativas entre grupos”, o que pode ser atingido através da

[...] criação de um sistema protetivo composto por normas legais e iniciativas governamentais destinadas a impedir a discriminação negativa, forma de tratamento desvantajoso intencional e arbitrário, e também por iniciativas públicas ou privadas destinadas a promover a discriminação positiva, ações voltadas para a integração social de minorias. [...] Assim, as normas que formam esse campo jurídico operam a partir da análise conjunta das relações estruturais entre dois elementos centrais: *a igualdade e a discriminação* (grifos no original).

Nessa toada, uma vez que se tem nessa vulnerabilidade, quando associada ao processo de estigmatização – que é responsável por classificar as pessoas em normais/anormais, melhores/piiores, certas/erradas, saudáveis/patológicas etc. – uma relação de dominação estrutural que marginaliza e subjugua certos indivíduos e grupos, geram-se, por conseguinte, consequências extremamente negativas para aqueles que estão sujeitos à violação, caracterizando-se a chamada “discriminação negativa”. É nessa seara que o Direito Antidiscriminatório irá operar para “[...] impedir ou mitigar a mar-

ginalização material e cultural que grupos vulneráveis enfrentam dentro de uma dada sociedade” (MOREIRA, 2020, p. 58).

Por essa razão, o Direito não pode fechar seus olhos para as mais variadas formas de opressão estrutural presentes no meio social, considerando ainda que os abusos delas decorrentes operam de forma bastante específica, a depender das subjetividades da pessoa em questão – não se excluindo casos de cumulação, em razão de uma hipervulnerabilidade –, tais quais os que podem ser a seguir exemplificados:

(A) **Machismo**: Elucida Marcia Tiburi (2018) que o machismo é um modo de ser que privilegia a figura do “macho”, subestimando, consequentemente, todas as demais. Suas bases estão nos arranjos do patriarcado¹, o qual, por sua vez, seria uma estrutura caracterizada por favorecer uns, obrigando outros a se submeterem a esse grande favorecido, sob pena de violência e morte.

Segue a autora ao afirmar que, para tanto, ele depende da natureza, pressupondo a existência exclusiva de apenas dois sexos, cujos comportamentos foram programados. Isto é, nessa perspectiva, aqueles entendidos como homens devem ter comportamentos masculinos, ao passo que aquelas tidas como mulheres devem ter comportamentos femininos, sendo que a figura do “homem macho” é a que ocupa especial destaque na centralidade desse sistema, o qual subjuga as demais pessoas que não se encontram nesse padrão. Aponta, também, que esse machismo está presente tanto na macroestrutura como na microestrutura quotidianas, na objetividade e na subjetividade, de modo que é introjetado em todas as pessoas, independentemente do seu desejo.

Em consequência disso, vários impactos podem ser observados, especialmente com relação às opressões impostas ao gênero feminino, tais quais a *cultura do estupro* (que faz com que a violência seja encarada como apelo sexual, demonstrando o poder do macho sobre a fêmea), a *culpabilização*

¹ Importante pontuar também que o termo “Patriarcado” gera certa divergência dentro da teoria feminista. Admite-se, por parte das autoras, que “[...] o patriarcado é entendido como sendo apenas uma das manifestações históricas da dominação masculina. Ele corresponde a uma forma específica de organização política, vinculada ao absolutismo, bem diferente das sociedades democráticas concorrenciais atuais. [...] Falar em dominação masculina, portanto, seria mais correto e alcançaria um fenômeno mais geral que o patriarcado”. (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 18)

da vítima (responsabilizando a mulher pelas agressões por ela sofridas), a rivalidade feminina (que faz as mulheres internalizarem que o seu valor subjaz no desejo masculino para com elas, forçando-as a competir entre si pela sua atenção) (HILGERT, 2020, p. 63-65), a violência contra a mulher (notadamente a violência doméstica, a qual escancara o fato de elas não estarem livres de violações nem mesmo dentro do seus próprios lares), a percepção de menores remunerações quando comparadas com as dos homens, a subrepresentação política etc. (TIBURI, 2018);

(B) **Racismo**: No dizer de Djamila Ribeiro (2019, p. 9-12), falar em racismo é tratar de um sistema de opressão estrutural que remonta a uma perspectiva histórica diretamente relacionada ao processo de escravização e às suas consequências verificáveis até os dias atuais, consubstanciadas na negação de direitos básicos e na ausência de distribuição de riquezas, ou seja, “O racismo é, portanto, um sistema de opressão que nega direitos, e não um simples ato de vontade de um indivíduo”.

A sua estruturação, segundo Grada Kilomba (2010, p. 42), deve-se ao escalonamento de três fatores: a) a construção da diferença a partir da “white norm”² – no sentido de que um grupo somente pode ser categorizado como “diferente” porque existe outro grupo que tem o poder de definir-se enquanto a norma, neste caso a branquitude; b) o preconceito e a construção dessa diferença a partir da hierarquização de valores – significando que o “diferente” é articulado a partir do estigma, da desonra e da inferioridade, gerando uma “naturalização” aplicável a todos os membros de um mesmo grupo, vistos como “problemáticos”, “perigosos”, “preguiçosos”, “exóticos”, “incomuns” etc.; e, c) a supremacia branca – representando o poder histórico, político, social e econômico exercido em conjunto com o preconceito e que é responsável pela criação do racismo, de modo que outros grupos raciais não têm como ser racistas ou performar o racismo, uma vez que não possuem esse poder.

Diante disso, várias consequências podem ser constatadas na prática e denunciam o desprestígio social da população não branca, como, por exemplo, a dificuldade de acesso a ensino de qualidade, a dificuldade de inserção no mercado de trabalho, o epistemicídio (a “morte” ou apagamento

² Em tradução livre: a norma branca.

sistemático das produções intelectuais de grupos socialmente estigmatizados), a *hipersexualização das mulheres e homens negros*, a *violência racial* etc. (RIBEIRO, 2019);

(C) **Capacitismo**: Explica Adriana Dias (2013, p. 2) que o capacitismo é uma compreensão social que enxerga as pessoas com deficiência a partir do paradigma da não igualdade, da inaptidão e da incapacidade, entendendo-as como impossibilitadas de gerirem suas próprias vidas de maneira autônoma e independente.

Para além disso, na verdade, acrescenta ainda Fiona Campbell (2008) que esse capacitismo (*ableism*) é uma crença de que a deficiência (independentemente do tipo) é inerentemente negativa, devendo, quando oportuno, ser melhorada, curada ou mesmo eliminada. Ou seja, essa perspectiva produz um tipo particular de modo-de-ser e de corpo (um padrão corporal) que é tido como o padrão de perfeição, típico da espécie, relegando a deficiência à noção de uma forma diminuída de ser humano.

As repercussões de tal pensamento encontram-se, especialmente, na construção de uma sociedade não adaptada, a qual tende a atender apenas às necessidades de uma parcela da população, que não possui deficiência, excluindo, conseqüentemente, aqueles que não se enquadram nos moldes de “perfeição” e “normalidade” corporais, sensoriais e psíquicos esperados. A exemplo disso, tem-se a *falta de acessibilidade* (física, urbanística, arquitetônica, tecnológica e atitudinal) em ambientes públicos e privados, a *dificuldade de inserção dessas pessoas em ambientes educacionais* (especialmente os de ensino superior)³, a sua *baixa inclusão em ambientes laborais* etc.

(D) **LGBTfobia**: Diz-se que consiste em uma forma específica de dominação e opressão, a qual visa a negar a existência e a possibilidade de reconhecimento das sexualidades ou das identidades de gênero que fogem ao padrão socialmente imposto. Tal modelo de “normalidade”, a seu turno, está embasado nos ideais da heterocisnormatividade, ou seja, a concepção de que a heterossexualidade e a cisgeneridade são os arquétipos a serem seguidos no meio social em termos de expressão de sexualidade e

3 Sobre o tema, aponta Agustina Palácios (2019, p. 6) que as pessoas com deficiência não costumam acessar o ensino superior e, quando chegam a fazê-lo, enfrentam diversas barreiras, em especial de falta de capacitação e formação no trato com a deficiência.

identidade de gênero, de modo que são pressupostas nas relações sociais e impostas compulsoriamente a todas as pessoas que as compõem (SILVA NETTO; MOREIRA; FERREIRA, 2020).

Essa LGBTfobia, termo de caráter mais abrangente e que visa a identificar de forma mais ampla os comportamentos discriminatórios verificáveis contra as pessoas que integram a diversidade sexual e de gênero, apresenta-se, também, em acepções mais específicas, tais quais: a) a *homofobia* – entendida como a discriminação específica voltada a pessoas homossexuais; b) a *lesbofobia* – compreendida como os traços discriminatórios particularmente dirigidos às mulheres lésbicas, abrangendo, em si, traços não somente da homofobia, como também do machismo; c) a *bifobia* – como sendo o padrão discriminatório dispensado para com as pessoas bissexuais, notadamente no que diz respeito a sua não conformação dentro de um binarismo hetero/homo; e, d) a *transfobia* – que representa a discriminação particularmente dirigida às pessoas trans num geral (transgêneros, transexuais e travestis).

Além disso, observe-se igualmente que são inúmeras as repercussões de cunho social, político e jurídico oriundas dessa construção LGBTfóbica à qual a sociedade brasileira foi submetida, tal qual os *elevados índices de mortalidade dessas pessoas*, a *dificuldade de inserção nos mercados de trabalho* (especialmente das pessoas trans), a *dificuldade de inserção dessas pessoas nos sistemas de ensino formal*, a *LGBTfobia intrafamiliar*, a *sub-representação política no contexto nacional* etc. (SILVA NETTO; DANTAS, 2021).

Considerando tal conjuntura, portanto, de uma sociedade extremamente desigual e que tem os seus padrões de “normalidade” bem definidos – atribuindo, conseqüentemente, privilégios àqueles que se aproximem desse modelo e implicando em violações das mais diversas ordens (sociais, políticas, econômicas e jurídicas) para aqueles que dele se afastam – que a disseminação do chamado discurso de ódio apresenta-se como problemática afeta às construções teóricas próprias do Direito Antidiscriminatório. Afinal, é possível dizer que o estigma e a vulnerabilidade (ou mesmo a hipervulnerabilidade), quando considerados concomitantemente, possuem o condão de potencializar lesões à imagem, à honra ou mesmo à integridade,

suportadas por certos e determinados indivíduos ou por uma coletividade de pessoas, que, ao verem suas existências serem questionadas, depreciadas, minimizadas e agredidas, fazem jus a uma tutela jurídica apta a inibir a difusão e a maximização desses comportamentos violadores.

2 FRONTEIRAS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A DEMARCAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO NO DIREITO PARA A PROMOÇÃO DO RESPEITO À DIVERSIDADE HUMANA

O ódio, como um sentimento, acompanha a própria natureza da pessoa humana na história de desenvolvimento da espécie, de modo a não ser uma novidade nas discussões da Filosofia, Psicanálise e até mesmo do Direito. Entretanto, a modernidade suscita novos contornos da figura do ódio, a exemplo de se tornar possível manipular o seu direcionamento⁴ de forma especializada, sobretudo com a expansão do mundo digital e a insuficiência de normas jurídicas que possam proteger de maneira tangível grupos socialmente estigmatizados. Isso porque há poucos critérios definidos que possam demarcar e identificar o ódio discursivamente na sociedade, dificultando, assim, que seja um instrumento contundente na promoção de defesa dos direitos fundamentais e da personalidade violados da pessoa humana vulnerada. Dessa forma, a demarcação conceitual do ódio juridicamente torna-se essencial, considerando a inconsistência de mecanismos para os aplicadores do Direito.

4 Isso, por sua vez, pôde ser percebido em fenômenos históricos da humanidade, como no período nazista, em que os grupos socialmente estigmatizados, considerados “inimigos do Estado”, eram os judeus, negros, homossexuais, entre outros. Por outro lado, na literatura de ficção distópica, cabe mencionar a obra “1984”, de George Orwell, cuja narrativa inclui o chamado “Dois Minutos de Ódio”, situação na qual aqueles que não cumprissem as determinações ideológicas impostas pelo Estado seriam considerados como “inimigos”. Assim, em um determinado momento do dia a população é direcionada pelo Grande Irmão para se voltar a uma tela, onde é exibido o rosto do inimigo nacional, em que é permitido utilizar todo e qualquer tipo de ofensa, de modo a alimentar o ódio que compõe a natureza humana. Destaca-se na obra o seguinte trecho: “O mais horrível dos Dois Minutos de Ódio não era o fato de a pessoa ser obrigada a desempenhar um papel, mas de ser impossível manter-se à margem. Depois de trinta segundos, já não era preciso fingir. Um êxtase horrendo de medo e sentimento de vingança, um desejo de matar, de torturar, de afundar rostos com uma marreta, parecia circular pela plateia inteira como uma corrente elétrica, transformando as pessoas, mesmo contra sua vontade, em malucos a berrar, rostos deformados pela fúria. Mesmo assim, a raiva que as pessoas sentiam era uma emoção abstrata, sem direção, que podia ser transferida de um objeto para outro como a chama de um maçarico. [...] Em algumas ocasiões chegava a ser possível alterar o objeto do próprio ódio por meio de um ato voluntário. [...]” (Cf. ORWELL, 2009, p. 27-28).

À vista disso, como resultado do Relatório Unificado da pesquisa “A Construção do Conceito Jurídico de Discurso de Ódio no Brasil” (NÓBREGA LUCCAS; SALVADOR; GOMES, 2020c), desenvolvido no Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) da FGV Direito SP, o professor Victor Nóbrega Luccas (2020, p. 39-40) ensina que o discurso de ódio consiste em “conceito guarda-chuva”, cuja manifestação se direciona em avaliar negativamente um grupo estigmatizado pela sociedade, ou um único sujeito enquanto integrante do grupo, de forma a estabelecer esse como menos digno de direitos, oportunidades ou recursos. Além disso, também deve ser entendido como discurso de ódio a incitação direta à discriminação ou violência contra determinado grupo ou sujeito vulnerado. Por isso, na visão do autor, há a presença de: a) orador: quem profere o discurso de ódio; b) audiência: a quem o discurso se dirige; e, c) alvo: quem é negativamente avaliado pelo discurso de ódio.

Dessa forma, ainda como resultado da pesquisa elaborada no CEPI/ FGV Direito SP, os pesquisadores Victor Nóbrega Luccas, Fabrício Gomes e João Salvador (2020a) identificaram, por meio de coleta, filtragem e análise de jurisprudência, bibliografia teórica e legislação esparsa, critérios que podem ser utilizados para estabelecer uma matriz de variáveis para juristas fundamentarem suas decisões sobre o discurso de ódio. Por isso, foram estabelecidas três questões que abarcam, cada qual, algumas variáveis a serem analisadas: (A) **Identificação**: dedicada a investigar se a manifestação pode ser identificada como discurso de ódio por meio do alvo, da mensagem e do contexto relacional; (B) **Avaliação**: investiga se o direito deve sancionar, regular ou tolerar a manifestação conforme o contexto situacional, o orador, a audiência, o veículo da mensagem, o contexto histórico-social e as consequências; e (C) **Sancionamento e Regulação**: compreender como deve ser feito o sancionamento ou regulação de uma manifestação particular ou conjunta de um discurso de ódio, através de políticas de prevenção, contradiscurso, remoção, censura prévia, indenização, sanções criminais, sanções administrativas ou sanções privadas. Ratifica-se, ainda, que a base da matriz de variáveis é utilizada nos sub-tópicos 3.1 e 3.2.

Ademais, de acordo com Silva, Nichel, Martins e Borchardt (2011, p. 449), o discurso de ódio promove também o que se chama por *vitimização difusa*, em que, ao ser proferido, atacará a dignidade de todo um grupo social e não apenas de um indivíduo singularmente considerado. Por isso, ainda que exista um direcionamento para um único sujeito, àqueles que compartilham da vulnerabilidade e traços de estigmatização, ao entrarem em contato com a mensagem proferida, compartilharão do sentimento de violação. Assim, todas essas pessoas serão consideradas vítimas devido ao sentimento de pertencimento social ao grupo alvo.

Comenta-se também que outra contribuição do projeto, explicitado no Relatório Unificado da Pesquisa do CEPI/FGV Direito SP, a partir do estudo e análise de 82 documentos coletados (72 acórdãos e 10 decisões monocráticas), no momento de filtragem, foi a descoberta de que, na maioria das vezes em que houve a menção da expressão “discurso de ódio” nos tribunais brasileiros, o conceito esteve presente sem corresponder necessariamente à argumentação das partes ou do julgador na solução do caso em concreto. Por isso, perceberam os pesquisadores que houve, na verdade, uma forma equivocada do uso da expressão, denotando, por essa razão, a importância sobre o debate crítico-conceitual do discurso de ódio no direito (NÓBREGA LUCCAS; SALVADOR; GOMES, 2020c, p. 46). Ademais, ao analisar a jurisprudência estadunidense, compreenderam que o enquadramento discursivo do ódio estava também inserido num debate maior e antigo, qual seja, os necessários limites à *liberdade de expressão*, sendo considerados ainda assim como casos paradigmáticos indiretamente relacionados com a pesquisa realizada (NÓBREGA LUCCAS; GOMES; SALVADOR, 2020b, p. 68).

Desse modo, o combate ao discurso de ódio também se insere na necessidade de se estabelecer limites bem definidos sobre a *liberdade de expressão*, na medida em que se deve valorizar o respeito à diversidade como forma de tutelar a pessoa humana no estado atual de transformação do direito brasileiro. Sobretudo porque, na transição do Estado Liberal para o Social, nas constituições brasileiras, no século XX, estabeleceu-se a ideia da cláusula geral de

proteção humana, na qual a pessoa em concreto⁵ torna-se o centro do ordenamento jurídico. Assim, faz-se necessário promover a cidadania plural, o respeito à diferença e à alteridade inerentes à complexidade de sujeitos que compõem a sociedade. Ignorar a diversidade constituinte da sociedade afrontaria, por isso, o próprio fundamento democrático do Estado de Direito constante na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), na medida em que é eixo da república a *Dignidade Humana* (Art. 1º, inciso III), tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que busca a erradicação da marginalização e redução das desigualdades, de forma a promover o bem de todos, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação (Art. 3º, inciso I, III e IV).

Em consonância com o disposto, ensina Daniel Sarmiento (2010, p. 208 e 209-210, *passim*) que o *hate speech* ou discurso de ódio, em tradução livre, consiste em tema relativo aos limites da *liberdade de expressão*, na medida em que representa “manifestações de ódio, desprezo, ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”. Dessa forma, o exercício da autonomia discursiva e verbalizada passa pela indagação do autor: “até que ponto, por exemplo, deve-se tolerar o intolerante?”. A esse respeito, percebe que a tolerância nem sempre é a resposta moralmente correta diante dos conflitos no meio social.

Por isso, a *liberdade de expressão*, ao encontrar correspondência constitucional, como um direito fundamental, no art. 5º, inciso IV, da CRFB/1988 e em outros dispositivos, é descrita em linhas gerais como a livre manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato. Contudo, ainda segundo lições de Sarmiento (2010, p. 235), não se trata de um direito de ordem absoluta, pois o próprio texto da constituição consagra outros direitos fundamentais que impõem limites e restrições a esse, como a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X). Percebe o autor também que a metodologia adequada diante do liame entre o abuso da *liberdade de expressão* e o discurso de ódio seria exatamente a técnica de

⁵ Sobre o tema, conferir TEPEDINO, 2016.

ponderação, de forma a buscar, a partir do caso concreto, à medida que melhor acomode os interesses constitucionais que estejam em jogo.

Por outro lado, comenta-se igualmente que o combate ao discurso de ódio encontra correspondência na legislação infraconstitucional, especificamente na Lei n. 7.716/89, no art. 20, *caput*, §§ 1º e 2º. Sendo assim, o legislador prescreve que a prática, indução ou incitação ao preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional é passível de pena de reclusão de um a três anos e multa. Por sua vez, quando se tratar da fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos da cruz suástica ou gamada, com finalidade nazista, é passível de punição de reclusão de dois a cinco anos e multa, ao passo que se a prática for cometida por meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, a pena será de dois a cinco anos e multa.

À vista disso, frente aos limites imposto à *liberdade de expressão*, a partir da prática de discurso de ódio, destaca-se o caso Siegfried Ellwanger, que se tornou um grande paradigma para essa matéria, razão pela qual será objeto de análise no subtópico seguinte.

2.1 Estudo do Caso Siegfried Ellwanger (STF – Habeas Corpus nº 82.424): a liberdade de expressão comporta discursos discriminatórios?

O Caso Siegfried Ellwanger (STF – Habeas Corpus nº 82.424) é conhecido na literatura acadêmica como um dos principais precedentes da jurisprudência nacional que dizem respeito ao discurso de ódio. Isso porque a corte do Supremo Tribunal Federal (STF), diferentemente de outros julgados, enfrenta de maneira explícita a conduta enquadrada como racismo ou discriminação étnica contra os judeus, de forma a buscar encontrar as possíveis limitações ao abuso da *liberdade de expressão* a partir do discurso de ódio. Sendo assim, como explica João Violante (2010, p. 9-10), no ano de 1987, foi fundada a Revisão Editora, por Siegfried Ellwanger, brasileiro, descendente de imigrantes alemães, conhecido por difundir ideias que contestavam fatos relativos à Segunda Guerra Mundial, como o holocausto judeu pelos nazistas, de forma a dar corpo e voz

ao “revisão histórico”, que corresponde a movimento que objetiva negar acontecimentos históricos importantes. Dessa forma, Ellwanger, ao adotar o pseudônimo de S. E. Castan, no ano de 1987, dedicou-se a publicar o seu primeiro livro, chamado de “*Holocausto – judeu ou alemão: nos bastidores da mentira do século*”, sendo a primeira impressão feita na Editora Palloti, mas que, com a repercussão e vendas, fundou a sua própria editora, a Revisão Editora Ltda.

A partir disso, comenta Violante (2010, p. 9-14) que, nos primeiros anos de existência da Revisão Editora Ltda., existia a divulgação de boletins informativos, chamados de “Esclarecimentos ao País”, que se dedicavam a compartilhar obras de autores nacionais e estrangeiros sobre acontecimentos históricos, destacando-se, sobretudo, temas como o nacionalismo, o antisemitismo, questionamentos sobre fatos relacionados à Segunda Guerra Mundial, todos com postura negacionista. Destaca-se, por sua vez, que a obra escrita por Ellwanger, sob o pseudônimo S. E. Castan, tentava demonstrar que “o extermínio em massa de judeus, ciganos, soviéticos e poloneses, além de doentes mentais [sic.]⁶ e homossexuais, na realidade, não teria ocorrido.” Além disso, o raciocínio de Castan indicava que os judeus eram os responsáveis pela derrota alemã de 1918, como também era possível perceber similitude com as ideias de Adolf Hitler em seu pensamento (VIOLANTE, 2010, p. 17).

Em razão do exposto, em novembro de 1991, o Ministério Público (MP) do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra Ellwanger, com base na Lei n. 7.716/89, por ter editado, distribuído e comercializado obras de cunho discriminatório contra o povo judeu. Ainda foi requerido que fossem apreendidos todos os exemplares disponíveis na Revisão Editora e os que foram comercializados. No entanto, ao término da fase de instrução processual, o MP se pronunciou pela absolvição do réu. Assim, em junho de 1995, em sentença de 1º grau, houve a absolvição de

⁶ Em que pese a expressão utilizada na citação original, é importante relembrar que houve uma mudança de terminologia relativa ao grupo social específico, de modo a valorizar a *Dignidade Intrínseca* da pessoa humana. Por isso, entende-se, sobretudo tomando como base o modelo social de deficiência, como expressão mais adequada o termo “pessoa com deficiência”. Comenta-se, ainda, que há quem fale sobre a possibilidade de uso do termo “pessoa com diversidade funcional”, como forma de dar corpo e voz ao modelo da diversidade, que institui o traço valorativo da diferença frente à pessoa humana.

Ellwanger, conforme o argumento de inexistência de fatos (art. 386, inciso I, do Código de Processo Penal). Isso, por sua vez, gerou inconformismo, ocasionando apelação à instância superior, tendo a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dado provimento ao recurso, condenando o editor a dois anos de reclusão, com *sursis* por quatro anos (VIOLANTE, 2010, p. 36-40).

Insatisfeito com a condenação em segunda instância, Ellwanger, representado judicialmente, impetrou *habeas corpus* no: a) Superior Tribunal de Justiça (STJ) (HC nº 15.155 – 2000/013 1351-7 – 5ª Turma Criminal – Rio Grande do Sul): objetivando impugnar a prática de racismo, com base no afastamento da cláusula constitucional de imprescritibilidade do delito, de modo a argumentar que os judeus não seriam uma raça. Ao apreciar a demanda, os ministros do STJ denegaram, de modo a entender que o *habeas corpus* é meio impróprio para o reexame, da mesma forma que não há ilegalidade na decisão de condenação, caracterizando as condutas crime formal, de mera conduta; e b) Supremo Tribunal Federal (HC nº 82.424): ocasião na qual, em decisão proferida no tribunal, por maioria, foi indeferido o *habeas corpus* em 17 de setembro de 2003, de modo a reconhecer o abuso no exercício da *liberdade de expressão*, com base na prática do racismo e denegação do *writ* (VIOLANTE, 2010, p. 41-49).

Ainda sobre a decisão proferida no STF, destacam-se os seguintes argumentos do acórdão vencedor do Ministro Presidente Maurício Corrêa (BRASIL, 2003):

(A) ***Direcionamento à exclusão de oportunidades e direitos relativos a um grupo estigmatizado socialmente: os judeus*** – as obras publicadas pela Revisão Editora Ltda., além de negarem fatos históricos relacionados à perseguição do nazismo, também incentivam a discriminação racial, de modo a imputar aos judeus os males do mundo. Assim, compreendeu-se que a parte impetrante do *habeas corpus* considerava justificável a inferiorização e segregação do grupo estigmatizado alvo⁷.

(B) ***A interpretação equivocada de que o delito de discriminação contra os judeus não se constitui crime de racismo por não se tratar de uma***

⁷ Voto do Ministro Presidente Maurício Corrêa, p. 555.

raça específica, estando, por isso, sob a exegese do prazo prescricional previsto em lei – ao apreciar a questão, entendeu-se que não se pode empregar isoladamente o significado de raça como expressão puramente biológica. Isso, porque se devem levar em conta, também, os valores antropológicos e sociológicos para a discussão, sobretudo porque se convencionou correlacionar a ideia de raça a partir da geografia mundial, em que homens brancos são atrelados à Europa, enquanto a cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Portanto, ressalta:

19. [...] a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem. [...] Em consequência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade⁸.

(C) *O antissemitismo nazista constitui uma forma de racismo* – compreendeu-se também que a conduta antissemitista constitui uma forma de racismo, pois opõe e hierarquiza valores de certos grupos em contraposição a outros⁹.

Dessa forma, o corte do STF proferiu decisão de modo a indeferir o *habeas corpus*, vencendo os votos dos Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Britto, destacando-se o acórdão do Ministro Presidente Maurício Corrêa, sendo acompanhado por maioria no tribunal. Assentou-se, portanto, que o direito individual, ainda que decorra de uma garan-

⁸ Voto do Ministro Presidente Maurício Corrêa, p. 560; 562.

⁹ Voto do Ministro Presidente Maurício Corrêa, p. 569.

tia constitucionalmente estabelecida, como a *liberdade de expressão*, não é absoluto, podendo no caso concreto ultrapassar limites morais e jurídicos passíveis de ilicitude.

Por isso, deve-se promover o respeito à diversidade e à diferença como forma de tutelar a *Igualdade Material* ou *Substancial*, corolário do Estado Constitucional de Direito brasileiro. Todavia, na medida em que a sociedade se inova, novos desafios são postos para o direito, tal qual a imposição dos meios de comunicação e a falsa sensação de que não há limites no ambiente digital para a propagação do discurso de ódio, como será abordado a seguir.

3 REDES SOCIAIS E A EXPANSÃO DO DISCURSO DE ÓDIO CONTRA GRUPOS ESTIGMATIZADOS: A FALSA IMPRESSÃO DE QUE A INTERNET É UMA "TERRA SEM LEI"

Argumenta Marco Santos (2016) que o discurso de ódio nas redes sociais consiste em retirar do outro a condição de reconhecimento e respeito com base no rebaixamento da pessoa humana. Dessa forma, o discurso elaborado, enquanto linguagem, pode significar violência, injustiça e também um ato imoral. Por isso, a partir desse levantamento, percebe que o discurso retórico de ódio pode vir a configurar uma imoralidade que deve ser suprimida, na medida em que a linguagem não deve funcionar apenas como uma junção de palavras, mas também como o reflexo da necessidade de reconhecimento e respeito do Outro, cumprindo, por isso, a função ética de respeito à diferença e alteridade.

Entretanto, a democratização do acesso aos meios comunicacionais, sobretudo com a difusão e uso da Internet na atualidade em escala mundial permite que seja possível o intercâmbio de informações entre as pessoas com mais facilidade, potencializando o risco do discurso de ódio em novas formas, que trazem obstáculos renovados para as investigações e seu respectivo combate. Sendo assim, podem se constituir, por exemplo, por meio do anonimato, criação de perfis falsos, comunidades com fóruns fechados, entre outros meios, como explicam Silva, Nichel, Martins e Borchardt (2011, p. 450). Desse modo, novos desafios são propostos para

o Direito diante das inovações reiteradas das redes sociais, comprometendo não apenas a segurança na proteção dos dados pessoais e sensíveis, mas também o respeito à diferença constituinte da individualidade de cada pessoa humana que se insere em diferentes culturas, comunidades, gêneros, raças, expressões sexuais etc.

Sobre o tema, ensina Geraldo Frazão de Aquino Júnior (2019, p. 115) que a problemática do anonimato na Internet deve passar pela transferência do ônus sobre a identificação do sujeito para quem puder cumprir com os menores custos. Assim sendo, cabe à tecnologia ou aos intermediários da cadeia de comunicação estabelecer os mecanismos de controle e identificação do usuário. Dessa maneira, argumenta que os juízes e os peritos podem auxiliar na descoberta à luz de cada caso concreto.

Por outro lado, a proteção à pluralidade e à diversidade de pensamento, frente à garantia constitucional da *liberdade de expressão*, possui previsão específica no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), no art. 2º, inciso III. Todavia, essa livre manifestação de pensamento não deve esbarrar na intolerância, no preconceito ou em formas de discriminação contra grupos vulnerados, tal qual pressupõe o *discurso de ódio* no ambiente digital. Isso, pois, a pluralidade e extensão da diversidade de pensamento, como visto, encontra limite na proteção jurídica daqueles que destoem do padrão socialmente esperado, ou seja, enquadrados como grupos socialmente estigmatizados, sob pena de violar os direitos fundamentais e da personalidade que tutelam as intersubjetividades da pessoa humana, sendo possível, inclusive, enquadrar-se a conduta em ilícito. Em função disso, a interpretação desse dispositivo, para fins de combate ao discurso de ódio nas redes sociais, deve ser feita conjuntamente com o art. 20, *caput*, §§ 1º e 2º da Lei n. 7.716/89, anteriormente comentado, como forma de tutelar o respeito à diversidade humana na esfera digital.

Por sua vez, registra-se ainda que a Lei n. 12.965/2014, nos termos dos arts. 19 a 21, determina que os provedores de aplicação – aqueles que fornecem funcionalidades de acesso para o usuário, como portais, aplicativos, redes sociais, etc. – não têm responsabilidade quanto à veiculação por terceiros de mensagens que possuam o cunho discriminatório ou de

preconceito em suas plataformas. Por isso, nesses casos, somente após decisão judicial específica, não havendo providência legal tomada em prazo assinalado, é que ocorrerão sanções legais previstas. Afinal, a justificativa do legislador no *caput* do art. 19 gira em torno da necessidade de se proteger a *liberdade de expressão* diante de censura.

Contudo, como argumentado, até então, resta como claro que essa garantia constitucional não possui um valor absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, havendo como limite, portanto, o respeito à diversidade como forma de tutelar a pessoa humana a partir do *discurso de ódio*. Dessa forma, a fim de investigar, na prática, como se dá a demarcação discursiva do ódio na realidade social, os subtópicos seguintes se ocupam de explanar, a partir da matriz de variáveis, dois casos que abordam o incentivo à ojeriza de um determinado grupo social vulnerado.

Nesse sentido, o presente artigo realizou um estudo qualitativo de casos múltiplos, considerando pertinente para o objeto do trabalho abordar somente duas situações em que houve extrapolação no exercício do direito à *liberdade de expressão*, ressaltando o valor da diversidade como traço fundamental.

Sobre a técnica do Estudo de Caso, afirma Robert Yin (2001, p. 19) que ela representa “[...] a estratégia preferida quando se colocam questões do tipo ‘como’ e ‘por que’ quando o pesquisador tem pouco controle sobre os eventos e quando o foco se encontra em fenômenos contemporâneos inseridos em algum contexto da vida real”. Sendo assim, fora considerada uma abordagem exploratória, visando à análise de casos de extrapolação do direito à *liberdade de expressão*, para levantar de que forma a manifestação do discurso de ódio contribui para a difusão e o aumento do processo de estigmatização contra grupos socialmente vulneráveis em meio ao ambiente digital.

Sendo assim, foi levada em consideração a matriz de variáveis construída pelos pesquisadores da CEPI/FGV Direito SP, notadamente a descrição feita por Victor Nóbrega Luccas, Fabrício Gomes e João Salvador, anteriormente trabalhada, para inspirar a análise da ocorrência do discurso de ódio e, quando possível, verificar se a resposta do Judiciário aos casos

analisados foi coerente com o sancionamento esperado para as práticas discursivas proferidas em função do desrespeito à diversidade.

Após essas considerações metodológicas, passa-se, a seguir, ao estudo específico de cada um dos casos escolhidos.

3.1 O Internauta e o Racismo na Plataforma Facebook: “Mostra que embaixo dessa pele negra tem cérebro e não um estômago faminto”

Durante a transmissão ao vivo de ritual de recepção de calouros de comunidades indígenas e quilombolas no dia 15 de maio de 2018 pela plataforma *Facebook* da Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA), internauta se manifesta de forma discriminatória ao escrever: “*Povo besta se fazendo de coitado. Levanta a cabeça e estuda. Mostra que embaixo dessa pele negra tem cérebro e não um estômago faminto*”. Em virtude das alegações, no dia 29 de outubro de 2018, foi movida denúncia pelo Ministério Público Federal (MPF), através do processo 0004360-14.2018.4.01.3902, contra o acusado.

A defesa, a seu turno, alegou consistir: a) atipicidade da conduta, uma vez se tratar de manifestação acobertada pela *liberdade de expressão*, garantia que goza de primazia constitucional; b) tratar-se de mera opinião, não configurando o tipo penal de racismo, sequer tendo a motivação de obstar a participação efetiva do grupo social alvo do discurso; e c) objetivou apenas criticar o sistema de cotas sociais vigente.

Ainda em primeira instância, em abril de 2021, o juiz federal titular Clécio Alves de Araújo decidiu que: a) a mensagem transparece, de maneira preconceituosa, a discriminação étnico-racial, ao fazer-se uso das expressões “bestas” e “se fazem de coitado”, atrelando-se, ainda, ao termo “pele negra”, sendo a *liberdade de expressão* um direito não absoluto, sobretudo ao violar-se outros direitos que possuam igual envergadura constitucional; b) a discriminação possui forma livre, abrangendo qualquer ato que enseje o preconceito, ainda que não tenha sido praticado com a intenção de impedir ou bloquear a participação igualitária; e c) o fato de ser contrário ao sistema de cotas raciais não legitima o direito a proferir mensagens de natureza discriminatória e preconceituosa.

À vista disso, ao enquadrar-se o presente caso à matriz de variáveis, chega-se ao seguinte resultado:

	VARIÁVEIS	CASO EM ANÁLISE
IDENTIFICAÇÃO	<i>HOUVE DISCURSO DE ÓDIO?</i>	Sim.
	<i>ALVO</i>	População indígena e quilombola
	<i>MENSAGEM</i>	<i>“Povo besta se fazendo de coitado. Levanta a cabeça e estuda. Mostra que embaixo dessa pele negra tem cérebro e não um estômago faminto.”</i>
	<i>CONTEXTO RELACIONAL</i>	Transmissão ao vivo de ritual indígena na plataforma <i>Facebook</i> da UFOPA
AVALIAÇÃO	<i>DIREITO DEVE SANCIONAR, REGULAR OU TOLERAR?</i>	Sancionar.
	<i>ORADOR</i>	Internauta
	<i>AUDIÊNCIA</i>	Audiência da transmissão ao vivo e participantes.
	<i>VEÍCULO DA MENSAGEM</i>	Plataforma <i>Facebook</i> (rede social de alcance nacional e internacional)
	<i>CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL</i>	Povos indígenas e quilombolas que, pelo fator histórico-social de consolidação das bases sociais brasileiras, foram destituídos de direitos e oportunidades a partir da colonização.
	<i>CONSEQUÊNCIAS</i>	Discriminação negativa e espetacularização do preconceito nas mídias digitais.
SANCIONAMENTO OU REGULAÇÃO	<i>HOUVE SANCIONAMENTO OU REGULAÇÃO?</i>	Em primeira instância, houve condenação do acusado.
	<i>QUAL SANCIONAMENTO?</i>	Pena privativa de liberdade fixada em 02 (dois) anos e 10 (dez) dias-multa de pena, passíveis de serem substituídas por duas restritivas: A) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, à proporção de 01 (uma) hora por dia de condenação, possibilitando o condenado a cumprir a pena na metade do tempo; e, B) prestação pecuniária em favor de entidade social referente ao valor de 05 (cinco) salários-mínimos.

Fonte: Elaboração pelos autores, a partir dos dados da pesquisa.

Diante da situação narrada, poder-se-á enquadrar como discurso de ódio em função do incentivo à intolerância e discriminação dos povos indígenas e quilombolas, denotando de maneira nítida a prática de discriminação negativa, em função da inferiorização desse segmento populacional pela forma de ingresso no ensino superior público. Além disso, enfatiza-se que se trata de um segmento social potencialmente vulnerabilizado em função do desenvolvimento histórico-social a partir da colonização brasileira, motivo pelo qual fazem jus à política social do sistema de cotas.

3.2 A Blogueira e o Capacitismo Manifesto: “É que nem filhote de cachorro”

A situação deu-se em razão de comentários discriminatórios feitos por uma blogueira em publicação feita pela tia da vítima em sua rede social no dia 21 de março de 2017, em comemoração ao Dia Internacional da Síndrome de Down, em que postara uma foto dela com a criança, que tem Síndrome de Down e, à época, tinha apenas 11 meses de idade. Na oportunidade, a influenciadora digital fez declarações em que comparava as pessoas com Síndrome de Down a cachorros, afirmando que são lindas quando pequenas, mas que quando crescem: “*só pensam em t******”, além de ter se utilizado das expressões “É nojento” e “Vai sair um monte de filhote de toin toin” (MEIRELES, 2017).

Em razão do ocorrido, os pais da criança fizeram uma *notitia criminis* contra a blogueira, sendo que, com a conclusão do inquérito, o delegado responsável pelo caso encaminhou-o para o Ministério Público de Pernambuco (MPPE) e pleiteou a prisão preventiva da indiciada, enquadrando-a no crime de discriminação de pessoas em razão de sua deficiência, com a qualificadora de ter feito uso das redes sociais para cometer a conduta tipificada. Nessa continuidade, o MPPE ofereceu denúncia contra a blogueira, com base no art. 88, §2º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.147/2015), sem pedir, no entanto, a sua prisão preventiva (JC ONLINE, 2017).

Diante disso, enquadrando-se o presente caso à matriz de variáveis, chega-se ao seguinte resultado:

	VARIÁVEIS	CASO EM ANÁLISE
IDENTIFICAÇÃO	<i>HOUVE DISCURSO DE ÓDIO?</i>	Sim.
	<i>ALVO</i>	De forma direta, a criança. De forma geral, a coletividade de pessoas com Síndrome de Down e as pessoas com deficiência como um todo.
	<i>MENSAGEM</i>	<i>“É que nem filhote de cachorro. Lindos quando são pequenos [sic.], mas quando crescem só pensam em t*****; “É nojento”; “Vai sair um monte de filhote de toin toin”.</i>
	<i>CONTEXTO RELACIONAL</i>	Comentário em postagem na rede social Facebook da tia da criança.
AValiação	<i>DIREITO DEVE SANCIONAR, REGULAR OU TOLERAR?</i>	Sancionar.
	<i>ORADOR</i>	Blogueira (internauta)
	<i>AUDIÊNCIA</i>	Pessoas que tiveram acesso à postagem, seja, num primeiro momento, por terem acesso à rede social da tia da criança, seja, num segundo momento, a sociedade em geral, a partir do compartilhamento da postagem e de notícias a respeito do caso.
	<i>VEÍCULO DA MENSAGEM</i>	Plataforma Facebook (rede social de alcance nacional e internacional).
	<i>CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL</i>	Pessoas com deficiência que, em razão do capacitismo estrutural, são vistas como “anormais”, “coitadas”, “não eficientes” e “menos válidas”, provocando-se uma superproteção incapacitante e que desconsidera suas autonomias, ou uma ojeriza às suas diferenças corporais, físicas, sensoriais e/ou psíquicas.
	<i>CONSEQUÊNCIAS</i>	Discriminação negativa contra pessoas com deficiência.
SANCIONAMENTO OU REGULAÇÃO	<i>HOUVE SANCIONAMENTO OU REGULAÇÃO?</i>	Em razão de o processo ter corrido em segredo de justiça, não foi possível obter acesso à sentença.
	<i>QUAL SANCIONAMENTO?</i>	<i>Idem.</i>

Fonte: Elaboração pelos autores a partir dos dados da pesquisa.

Embora não se tenha tido acesso à sentença do processo, que correu em segredo de justiça, diante dos fatos narrados, já é possível tecer comentários quanto ao teor abusivo do direito à liberdade de expressão no caso, caracterizado pela emanção de declarações disseminadoras de manifestações odiosas, que contribuem para a estigmatização de um grupo socialmente vulnerado, qual seja, o das pessoas com deficiência, notadamente aquelas que têm Síndrome de Down.

No tocante a essas circunstâncias, pode-se observar o conteúdo capacitista no discurso utilizado pela blogueira, ao compreender a existência de pessoas com deficiência como não iguais à sua e, conseqüentemente, negativas e inferiores, a ponto de compará-las a animais. Tal percepção fica especialmente caracterizada por dois traços que podem ser identificados na sua fala: (A) a *animalização da diferença*, através da comparação de crianças com Síndrome de Down a filhotes de cachorro¹⁰; e (B) a *hipersexualização das pessoas com Síndrome de Down*, com a afirmação de que, ao crescerem, elas somente pensam na prática de atos sexuais¹¹.

Por esse motivo, observa-se, diante do caso narrado, que a fala proferida pela blogueira apenas contribuiu para corroborar com percepções estigmatizantes das pessoas com deficiência, disseminando a noção de que seriam seres “anormais”, “inferiores” e “animalescos”, estimulando, portanto, uma visão pejorativa e depreciativa das suas existências. Sendo assim, aqui não há como considerar que a *liberdade de expressão* foi exercida dentro dos conformes tutelados pelo ordenamento, mas sim que se abusou desse di-

10 Aqui cabe nos reportarmos aos ensinamentos de Jorge Vala (2009, p. 102-104, *passim*), que afirma que a atribuição da diferença pode representar um processo de inferiorização. Sobre isso, elucida o autor que essa construção do outro como diferente permeia duas perspectivas: a) o etnocentrismo – a glorificação do grupo a que se pertence, atribuindo ao outro uma visão de menos valor; e b) a alteridade radical – a compreensão do outro como radicalmente diferente, acarretando a sua inferiorização e, até mesmo, a sua total exclusão do mundo dos humanos. Dessa forma, explica que o outro diferente é, por muitas vezes, representado como muito mais próximo da natureza e do mundo animal, distanciando-se da humanidade.

11 Afirma Ana Claudia Bortolozzi Maia (2006, p. 91) que é comum deparar-se com o discurso de que o comportamento sexual de pessoas com deficiência intelectual é aberrante e que decorre do quadro orgânico ligado a própria deficiência. No entanto, sustenta a autora que a constatação de comportamentos sexuais tidos por “inadequados”, em verdade, está diretamente ligada a processos de educação e socialização diferenciados, os quais não primam pela educação sexual dessas pessoas, de modo a orientá-las adequadamente quanto à manifestação das suas sexualidades. Afinal, pessoas com deficiência são seres dotados de sexualidade, assim como as demais pessoas, sendo papel, sobretudo da família, educá-las quanto a esse aspecto de suas vidas, sempre estimulando o seu exercício em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nunca tolhendo-o.

reito em razão da difusão de discurso odioso contra um grupo socialmente estigmatizado e vulnerável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando, portanto, as discussões abordadas neste trabalho, chegou-se às seguintes considerações:

1. O estigma e a vulnerabilidade são dois conceitos imprescindíveis para a apreensão dos excessos no exercício da *liberdade de expressão* por meio do discurso de ódio. Enquanto o primeiro diz respeito a atributos depreciativos considerados em um indivíduo ou um grupo social específicos, o segundo representa a maior suscetibilidade dessas pessoas ou coletividades à constatação de lesões aos seus direitos. Nesse sentido, quando considerados cumulativamente, podem corroborar com a difusão e a maximização de padrões de dominação e de desigualdade já presentes no contexto social, tais quais o machismo, o racismo, o capacitismo, a LGBTfobia etc. Isso, por sua vez, pode corroborar com um estímulo à segregação, à opressão, à violação e à inferiorização de grupos já estigmatizados, devendo o Direito, portanto, atuar para inibir esse fomento, através de ferramentas jurídicas promotoras da *igualdade, inclusão* e da *antidiscriminação*.

2. Dessa maneira, o estigma e a vulnerabilidade são atributos da pessoa humana que são quotidianamente inflamados como justificativa para se retirar oportunidades, direitos e promover a exclusão de recursos disponíveis no Estado de Direito. Em função disso, argumenta-se que esse fator, aliado ao discurso de ódio, oportuniza que o Estado-juiz torne possível o seu combate como forma de viabilizar o respeito à diversidade imanente ao contexto social, considerando o fundamento da república brasileira em promover o bem de todos, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV, da CRFB/1988).

3. Todavia, o enfrentamento aos excessos da *liberdade de expressão* no Judiciário diante do discurso de ódio ainda representa um desafio. Isso porque, na esfera interpretativa, não há uma unidade delineada para corroborar com a identificação e a avaliação da sua ocorrência e do seu adequado disciplinamento na esfera jurídica. Dessa maneira, ressalta-se o esforço dos

pesquisadores da CEPI/FGV Direito SP em construir, com base em estudo legislativo, jurisprudencial e bibliográfico, critérios responsáveis por criar uma matriz de variáveis que corrobora para identificar o discurso de ódio no caso concreto. Não obstante, ressalta-se que a garantia constitucional da *liberdade de expressão* não consiste em um direito absoluto, sendo passível, portanto, de limitações, tal qual o necessário respeito que se deve ter com a pluralidade de pessoas que compõem a sociedade.

4. A rápida difusão de informações possibilitada pelo acesso à Internet, aliada às redes sociais, viabiliza que pessoas de todas as idades e regiões tenham aproximação umas com as outras. Assim, na medida em que se favorece esse positivo intercâmbio de informações na modernidade, oportunizando um maior estreitamento social, acaba-se propiciando também que o contato entre diferentes culturas e pluralidade de pensamentos enseje o discurso de ódio no ambiente virtual. Em decorrência disso, acredita-se que a interpretação conferida à proteção da diversidade de pensamento, no art. 2º, inciso III, do Marco Civil da Internet no Brasil deve ser feita conjuntamente com o art. 20 da Lei n. 7.716/89, para corroborar com o combate ao discurso de ódio e o respeito à diferença no espaço virtual.

5. Paradigmaticamente, o caso Siegfried Ellwanger (STF - HC nº 82.424) representa um precedente histórico importante na demarcação do discurso de ódio na jurisprudência nacional, ao reconhecer limites para os excessos à *liberdade expressão*, com fundamento no reconhecimento do crime de racismo contra o povo judeu a partir das atividades desempenhadas na Revisão Editora Ltda. A decisão proferida pelo STF, portanto, contribui para ratificar a proibição da discriminação contra grupos socialmente estigmatizados.

6. A intervenção jurídica pode ser um método eficaz de inibição ao discurso de ódio, encontrando mecanismos de prevenção, repreensão ou reparação tanto na esfera cível como na criminal. No entanto, é preciso que o Judiciário, enquanto agente responsável por resguardar os direitos daqueles que forem atingidos pelo discurso de ódio, esteja atento para as circunstâncias de cada caso, para que possa conferir a tutela jurídica mais efetiva, sempre visando à proteção dos indivíduos vulnerados ou grupos vulneráveis frente às manifestações odiosas que se destinem a difundir e endossar a

estigmatização contra aqueles que já padeçam com os próprios padrões de desigualdade que permeiam o meio social. O sancionamento, por isso, não deve funcionar somente como uma punição para o agressor, propulsor do discurso odioso, mas também como forma de desaconselhar e funcionar como estímulo para que não se reproduzam atitudes similares na sociedade.

REFERÊNCIAS

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. Responsabilidade civil dos provedores de internet. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque. (Coord.). **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. Código Penal. **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 14 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Relator para o acórdão: Ministro Presidente Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 17/12/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 17 jan. 2021.

CAMPBELL, Fiona Kumari. Refusing able(ness): a preliminary conversation about ableism. **M/C Journal**, [S. l.], v. 11, n. 3, 2008. DOI: 10.5204/mcj.46. Disponível em: <https://journal.media-culture.org.au/index.php/mcjournal/article/view/46>. Acesso em: 11 jan. 2021.

DIAS, Adriana. Por uma genealogia do capacitismo: da eugenia estatal à narrativa capacitista social. *In*: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOBRE A DEFICIÊNCIA. **Anais do I Simpósio Internacional de Estudos sobre a Deficiência – SEDPcD/Diversitas/USP Legal**, São Paulo, 2013, p, 1-14, 2013. Disponível em: http://www.memorialdainclusao.sp.gov.br/ebook/Textos/Adriana_Dias.pdf. Acesso em 12 jan. 2021.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HILGERT, Luiza Helena. O arcaico do contemporâneo: Medusa e o mito da mulher. **Lampião – Revista de Filosofia**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 41-70, 2020. Disponível em: <https://seer.ufal.br/index.php/lampiao/article/view/11689/8183>. Acesso em 14 jan. 2020.

JC ONLINE. MPPE é contra prisão de blogueira que discriminou criança com Down. **JC Online**, 07 de abril, às 15h47min, 2017. Disponível em: <https://jc.ne10.uol.com.br/canal/cidades/geral/noticia/2017/04/07/mppe-e-contra-prisao-de-blogueira-que-discriminou-crianca-com-down-277459.php>. Acesso em 15 jan. 2021.

KILOMBA, Grada. **Plantation memories. Episodes of everyday racism**. ed. Münster: Unrast Verlag, 2010.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, p. 101-123, 2015.

MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Sexualidade e deficiências**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

MEIRELES, Marina. Delegado pede prisão preventiva de blogueira por ofensas a bebê com Síndrome de Down. **G1**, 03 de abril, às 15h49min, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/pernambuco/noticia/delegado-indicia-blogueira-por-ofensas-a-bebe-com-sindrome-de-down.ghtml>. Acesso em 15 jan. 2021.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NÓBREGA LUCCAS, Victor. O dilema entre a Proteção da Liberdade de Expressão e o Combate ao Discurso de Ódio. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; NÓBREGA LUCCAS, Victor (Coord.). **Discurso de ódio: desafios jurídicos**. 1. ed. São Paulo: Almedina: 2020.

NÓBREGA LUCCAS, Victor; GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto. A Construção do Conceito Jurídico de Discurso de Ódio no Brasil: A Matriz de Variáveis. *In*: GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; NÓBREGA LUCCAS, Victor (Coord.). **Discurso de ódio: desafios jurídicos**. 1. ed. São Paulo: Almedina: 2020a.

NÓBREGA LUCCAS, Victor; GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto. A Construção do Conceito Jurídico de Discurso de Ódio no Brasil: Apresentação da Pesquisa. *In*: GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; NÓBREGA LUCCAS, Victor (Coord.). **Discurso de ódio: desafios jurídicos**. 1. ed. São Paulo: Almedina: 2020b.

NÓBREGA LUCCAS, Victor; SALVADOR, João Pedro Favaretto; GOMES, Fabrício Vasconcelos. **A construção do conceito jurídico de discurso de ódio (relatório unificado de pesquisa)**. São Paulo: CEPI-FGV DIREITO SP, 2020c. Disponível em: <https://fgv.academia.edu/fgvcepi> . Acessado em 07 jan. 2021.

ORWELL, George Orwell. **1984**. Trad. Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PALACIOS, Agustina, Perspectiva de discapacidad y derechos humanos en el contexto de una educación superior inclusiva. **Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 4, p. 1-13, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10225/pdf#>. Acesso em 15 jan. 2021.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Marco Aurelio Moura dos. **O discurso de Ódio em Redes Sociais**. 1 ed. Lura Editorial: São Paulo, 2016.

SILVA, Rosane Leal; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em 18 Jan. 2021.

SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da; DANTAS, Carlos Henrique Félix. “Nossas vidas importam?” A vulnerabilidade sociojurídica da população LGBTI+ no Brasil: debates em torno do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero e da sua atual pertinência. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola. (Coords.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da; MOREIRA, Mateus Henrique Cavendish; FERREIRA, Vinícius José Passos. O arco-íris manchado de sangue: as mortes da população LGBT+ sob a ótica de uma heterocisnormatividade perversa e os debates em torno da criminalização da LGBTfobia no Brasil. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; DANTAS, Carlos Henrique Félix; SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da; CHAVES, Marianna (Coords.). **Direito e morte**. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

VALA, Jorge. Diferença e semelhança: o peso da identidade. *In*: APPADURAI, Arjun; CHAKRABARTY, Dipesh; SOUZA, Eunice de; BOECK, Felipe de; SAMPAIO, Jorge; VALA, Jorge; ARMSTRONG, Karen; BREZINOVA, Katerina; SANCHES, Manuela Ribeiro; TIAMPO, Ming; TLILI, Mustapha; CARVALHO, Ruy Duarte de; ZUHUR, Sherifa. **Podemos viver sem o outro? As possibilidades e os limites da interculturalidade**. Lisboa: Tinta da China, 2009.

VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. **O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro**. 2010. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5345/1/Joao%20Luis%20Mousinho%20dos%20Santos%20Monteiro%20Violante.pdf>. Acesso em 17 jan. 2021.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2. d. Porto Alegre: Bookman, 2001.

DANO EXTRAPATRIMONIAL CONGLOBANTE NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA QUALIDADE EM DIREITO DO CONSUMIDOR (SISTEMATIZANDO A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ)

Cássio Benvenuti de Castro

Bacharel, especialista em Ciências Criminais, especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor, pós-graduando em Coletivização, Precedentes, Coerência e Integridade do Direito. Mestre e doutor em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

Submetido em: 23/08/2022

Aprovado em: 26/08/2022 e 29/08/2022

SUMÁRIO: Introdução 1 Os pressupostos da responsabilidade civil (em crise?). Em especial: a transformação do direito privado 1.1 A separação ortodoxa entre ilícito e dano extrapatrimonial (legado do direito privado individualista) 1.2 O entendimento pretérito do Superior Tribunal de Justiça 2 Novas necessidades da sociedade do consumo e a tutela do Direito 2.1 A imbricação entre ilícito e dano extrapatrimonial (compromisso da repartição social pelos riscos do mercado de consumo) 2.2 O recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça 3 O dano extrapatrimonial conglobante não prejudica a tutela preventiva específica na perspectiva do processo civil. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction 1 The assumptions of civil liability (is that a crise?). In particular: the transformation of private law 1.1 The classic separation between tort and over patrimonial damage (legacy of individualistic private law) 1.2 The past understanding of the Superior Court of Justice 2 New needs of the consumer society and the protection of Law 2.1 The overlap between tort and over patrimonial damage (commitment of the social division for the risks of the consumer market) 2.2 The

recent understanding of the Superior Court of Justice 3 The pool over patrimonial damage does not prejudice the specific preventive protection from the perspective of the civil procedure. Conclusion. References.

RESUMO: O vício do produto ou do serviço, em o Direito do Consumidor, tradicionalmente, não resultava no dever de indenizar pelo dano extrapatrimonial. O trabalho assinala recortes doutrinários que permitem dizer que o dano extrapatrimonial possui uma feição cultural, ou seja, os elementos psicológicos que outrora eram utilizados para justificar a indenização (como o abalo ou o experimento do sofrimento), atualmente, são meramente instrumentais à responsabilização. O foco de um juízo de valor que implica na responsabilização é a reprovação cultural de um fenômeno praticado pelo fornecedor no próprio dever de informação e zelo a respeito do produto ou serviço colocado no mercado. Essa premissa teórica é confirmada pela evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que está admitindo a indenização pelo dano extrapatrimonial decorrente do vício do produto e, em decorrência, acaba aproximando as categorias que estão contidas no gênero denominado Teoria da Qualidade do Produto e do Serviço prevista no Capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: Historically, the seller of the good or service had no obligation to compensate the consumer for off-balance sheet harm. The study indicates that the extra-personal injury has a cultural component, i.e., the psychological elements that were previously used to support the responsibility (such as the concussion or the feeling experiment) are now merely tools for attribution of blame. The focus of a value judgment that affects responsibility is the cultural critique of a phenomenon that the provider is engaging in with regard to their own obligation to provide information and care about the good or service they have placed on the market. This theoretical premise is supported by the development of the Superior Tribunal of Justice's legal doctrine, which is now accepting the responsibility for off-balance sheet harm resulting from product damaged and, consequently, is approaching the categories contained in the category known as Theory of Quality in Consumer Law bound by Chapter IV of the Consumer Protection Code.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade; consumidor; ilícito; dano

KEYWORDS: responsibility, consumer, illegal activity, damage

INTRODUÇÃO

O dano extrapatrimonial se trata de instituto atualmente consagrado na dogmática e na jurisprudência do contencioso do Direito do Consumidor. Situações como a inscrição indevida do nome do sujeito em cadastro de inadimplentes, acidentes que vitimam passageiros em transportes públicos, desfalque bancário mediante fraude, *overbooking* em transporte aéreo, dentre outros eventos, acarretam o dever de indenizar. De outro lado, algumas situações são limítrofes, tanto que a jurisprudência refere que não ocorre a responsabilização civil pela ausência do que se denomina “prova” do dano extrapatrimonial.

As linhas que seguem discutem se a questão da prova do dano extrapatrimonial está imbricada ao maior ou menor “grau” da ilicitude perpetrada. Em especial no trato da distinção entre responsabilidade pelo vício do produto ou serviço ou responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, a pesquisa analisa se o discurso judiciário cuida, em realidade, da “prova” do dano ou se os julgados estão se referindo epistemicamente a uma situação peculiar em que a ilicitude é tão desarrazoada que implica no dever de indenizar – com base no gênero Teoria da Qualidade dos Produtos e Serviços. Em um sentido clássico, pertinente ao século XX, o dano indenizável poderia não ser admitido em situação de vício do produto ou do serviço, mas o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pelo dever de indenizar, em decorrência de uma “amplificação dos limites do dano”, com base na tutela da segurança. Vale dizer, a categoria da ilicitude assume significativa envergadura por intermédio da qual o perigo de dano equivale ao próprio dano extrapatrimonial (no contencioso referente ao Direito do Consumidor, que trata de causas repetitivas e massificação da demanda e oferta).

A metodologia de trabalho pontua os pressupostos da responsabilidade civil, identificando o dano como epicentro desse conjunto fatores. A análise de alguns achados doutrinários permite antever a tendência dog-

mática da episódica *aproximação entre ilícito e dano extrapatrimonial*, o que acaba se desenvolvendo ainda mais, em decorrência dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, em uma pesquisa qualitativa que recorta pares de acórdãos paradigmáticos.

Todo o dano extrapatrimonial deve ser provado? Não, tanto que isso já parece assentado na dogmática. Ocorre que um “vício do produto ou do serviço” pode ser equiparado a uma responsabilização pelo “fato do produto ou do serviço” – valendo o simples vício (contrariedade ao direito) como pressuposto da indenização. O ponto destaca a rotação paradigmática da figura do dano extrapatrimonial na Teoria da Qualidade do Produto ou do Serviço, em Direito do Consumidor, na medida em que a “moral” do dano é que ele deixa de ser algo metafísico que o juiz deve tentar buscar dentro do espírito ou da cabeça da vítima, mas se trata de uma reprovação cultural firmada em circunstâncias objetivas previstas pelo próprio ordenamento jurídico.

1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL (EM CRISE?). EM ESPECIAL: A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A dogmática tem discursado sobre a “crise dos pressupostos” da responsabilidade civil, tanto em vista da enumeração de novos danos outrora não previstos no ordenamento como no tocante às novas fontes que ensejam o dever de indenizar. Não se trata de um fenômeno adstrito ao capítulo da responsabilidade civil, pelo contrário, o direito privado, em sua totalidade, se modificou em tempos de pós-modernidade.

Se existe uma “crise”, é para identificar os fatores que performam algumas diretrizes do direito privado nos tempos atuais. Em primeiro lugar (MARQUES, 2014, p. 20), ocorreu a modificação da matéria-prima economicamente mais relevante – na Idade Média, o bem imóvel consistia no epicentro do sistema; na Idade Moderna, o bem móvel material foi elevado ao sonho das relações privadas; e, atualmente, na Pós-Modernidade, o que se verifica é a gigantesca proliferação, precificação e maior ascensão econômica do bem móvel imaterial. Ou seja, ocorreu uma desmaterialização do

objeto do direito, com a hiperinflação quantitativa e qualitativa da comunicação, dos “softwares”, do lazer, da segurança, da educação, da saúde, do seguro, do crédito, enfim, todos eles configurando uma nova realidade social do terceiro milênio.

A “pessoa” do direito privado tampouco é a mesma dos tempos passados (MARQUES, 2014, p. 21/22). No século XIX, falava-se no *homo politicus*, um indivíduo perante o Estado em uma época em que a soberania tinha suas barreiras firmadas e insuscetíveis de relativização por tribunais internacionais e pelo avanço do mercado sobre as próprias delimitações geográficas que passaram a ser uma ilusão. Na primeira metade do século XX, já se apresenta o *homo faber*, pessoa da revolução industrial, trabalhador que produz e comercializa seus produtos, sendo que a nacionalidade passa a ter uma menor importância. Atualmente, soberania, nacionalidade e outras intercorrências territoriais passaram a ser um espaço paralelo ao mundo digital, com o *homo economicus* assumindo um papel ativo que cria conteúdos facilmente transitáveis por todo o planeta e transforma as suas relações em *networking* para novos negócios cada vez mais alavancados, significativos e agregadores do grande público massificado do consumo.

A “crise” é da responsabilidade civil?

Evidente que a mudança é muito maior que adstrita a um capítulo do direito privado. A transformação remete a um novo paradigma do direito privado, que teve desmoronada a tríade “código-sistema-interpretação”, deveras presente desde o advento do individualismo codificado na França pós-revolucionária. Guido Alpa (2006, p. 396-405) pontua que a clássica terminologia da fraternidade – entendida como fazer amizade, ter empatia e constituir um elemento político para reforçar o patrimônio patriótico – cede espaço para uma transição elegante para a solidariedade. Em outros termos, se a fraternidade simbolizava a soberania de um povo, a solidariedade (SCHREIBER, 2005, p. 46) abarca a consciência social para condicionar todas as relações privadas, independentemente das limitações geográficas, temporais e de alguma forma limitadas por individualismos operativos. Trata-se de um valor universal que ilustra o direito privado e não representa uma “crise”, mas uma necessária nova forma de abordagem

de todos os institutos à luz dos valores constitucionais emplacados pelos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações.

O Estado, as instituições da sociedade civil, os contratos privados e a responsabilidade civil, em síntese, deparam-se com a transição da era da informação para a era do conhecimento. Finalmente, chegou-se à época da sabedoria. A hecatombe pandêmica do ano de 2020 acelerou e misturou toda essa tecnologia, o que também se reflete nas novas necessidades sociais e no renascimento de um novo direito privado, que trabalha com as fontes jurídicas atualmente fragmentadas, com uma revalorização da “pessoa”, com uma realidade socioeconômica que ancora mais os bens imateriais e, sobretudo, está compromissada com a solidariedade enquanto perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

1.1 A separação ortodoxa entre ilícito e dano extrapatrimonial (legado do direito privado individualista)

A suposta “crise” dos pressupostos da responsabilidade civil acaba sendo um *achado reducionista em Direito do Consumidor*. Na realidade, as estruturas do direito privado estão sendo culturalmente balançadas por uma nova abordagem dos fatores que convivem e fazem o direito privado aparelhar uma razão pública que empresta valores aos problemas sociais.

A clássica referência de que o dever de indenizar seguiria uma ortodoxa trilha “ação/omissão -> nexos de causalidade -> nexos de imputação -> ilícito -> dano” é *perfeitamente válida e útil para a questão do dano material*, pois está inserida em uma abordagem formalista que não se sustenta frente às transformações atuais imbricadas ao raciocínio jurídico.

O dano material pode ser reputado uma consequência que está “para fora” da abordagem do ilícito, pela singela constatação de que ele pode ser avistado qualitativa e quantitativamente em seus próprios limites, pela sensibilidade de qualquer pessoa. No dano moral ou extrapatrimonial, isso não acontece, porque ninguém consegue dizer se um sujeito ficou “pouco abalado”, “mais ou menos abalado” ou “muito abalado” em decorrência de um acontecimento da vida. Isso se reflete no discurso da “prova” do dano moral. Quer dizer, a figura do ilícito é sincrética ao dano extrapatrimonial,

considerando que existe uma diferença “de grau”, de intensidade, entre o mero ilícito e o dever de indenizar pelo dano extrapatrimonial – *a diferença não é qualitativa*, porque ilícito e prejuízo extrapatrimonial são demarcados e arbitrados com base em previsões normativas culturalmente assentadas.

Dois exemplos de casos reais deflagram o problema.

Um casal matriculou o filho de tenra idade em uma creche, para que a criança permanecesse sob os cuidados das professoras e vigilantes do local no período da manhã e da tarde. Por um lapso momentâneo da equipe de trabalho, o menino fugiu das cercanias da creche e saiu andando pelas ruas da cidade, somente sendo achado e devolvido ao lugar quando passados uns vinte minutos e após a criança percorrer umas duas quadras para longe da escola – um menino sozinho à própria sorte nas ruas da cidade. O debate processual foi no seguinte sentido: os pais da criança alegaram a falta de zelo e dever de cuidado para manter a criança em local seguro, dentro da creche, postulando uma indenização por dano extrapatrimonial; do outro lado, o estabelecimento argumentou que não houve dano, porque a criança foi localizada logo após o momento da fuga, nada tendo acontecido à incolumidade do menino, razão pela qual não ocorreu o dano (teria havido mero vício do serviço).

Em outra hipótese, uma consumidora adquiriu remédio psiquiátrico em uma farmácia. Quando abriu a caixa de remédios, embora não tivesse havido violação do lacre dos comprimidos, verificou-se que havia remédios “riscados por uma caneta colorida”. Foi efetuada a perícia no medicamento, que indicou que as propriedades químicas da medicação não teriam sido afetadas. A paciente ajuizou ação de indenização, considerando falha no acondicionamento do produto, até porque uma leiga não teria como saber se o remédio estaria apto à ingestão. Em contrapartida, o laboratório se apegou ao laudo pericial, sustentando que as propriedades químicas estavam preservadas, havendo somente um “risco de caneta” que não comprometia a segurança do consumidor (havia mero vício aparente do produto).

A falha no dever de segurança é bastante para configurar o dever de indenizar por dano extrapatrimonial? Ou seria necessário que houvesse

uma “prova” do dano real à pessoa – pelos exemplos, a criança deveria se machucar ou a paciente deveria ingerir o comprimido e ter complicações para, somente após esses eventos, resultar na responsabilidade civil pelo fato do serviço ou do produto?

As linhas que seguem trazem a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em termos de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, que enseja a responsabilização por dano extrapatrimonial. O STJ mantinha entendimento bastante rígido para reputar presente o dever de indenizar, aparentemente conjugando a figura do dano à “prova do dano” – tratando-se de dano extrapatrimonial.

1.2 O entendimento pretérito do Superior Tribunal de Justiça

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 747.396/DF (relator ministro Fernando Gonçalves, DJe 22/03/2010), entendeu que a aquisição de um refrigerante, dentro do qual havia um inseto, não configura o dever de indenizar por dano extrapatrimonial – na medida em que não houve o consumo do líquido contido no invólucro. O acórdão pontuou que “o dano moral não é pertinente, porquanto a descrição dos fatos para justificar o pedido, a simples aquisição de refrigerante contendo inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, encontra-se no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade”.

Na teoria do conhecimento “defrontam-se consciência e objeto, sujeito e objeto. O conhecimento aparece como uma relação entre esses dois elementos. Nessa relação, sujeito e objeto permanecem eternamente separados. O dualismo do sujeito e do objeto pertence à essência do conhecimento” (HESSEN, 2003, p. 20). Respeitosamente, o acórdão proferido há mais de uma década se valeu dessa espécie de dogmatismo – a “aprensão do objeto pela consciência do sujeito”.

A noção de direito (sem falar em justiça) passa a ser o que está na *cabeça do juiz*, deixando em um segundo plano os indicativos culturais médios de uma comunidade sofrida e pobre, como a brasileira. A virada hermenêutica recondiciona esses fatores, confrontando os discursos entre

os sujeitos (sujeito-sujeito), na medida em que o objeto possui a sua “verdade intrínseca”. Possível falar em ontologização do objeto da observação, tendo em vista que alguma conclusão sobre os eventos ocorre por intermédio da abordagem hermenêutica e argumentativa desenvolvida entre os debatedores.

Se o legislador positivou a proibição da violação desarrazoada da segurança dos serviços e produtos em consumo, fica *apequenada a discricção judiciária para dizer o que é dissabor ou o que configura um dano*. Na medida em que um julgador refere que a contrariedade às normas de ordem pública configura “mero dissabor”, a metodologia jurídica assume uma postura dogmática (HESSEN, 2003, p. 20)¹, por intermédio da qual o sujeito se apropria do objeto. Com efeito, a figura do ilícito já abarca a noção do dano – que pode ser reputado um dano conglobante, na medida em que causar um dano pressupõe o cometimento de um ilícito (*neminem laedere*); em Direito do Consumidor, portanto, um ilícito caracteriza o dano que deve ser indenizado levando em conta a razoabilidade, ou não, da violação do padrão de segurança.

Quando se fala em “mero dissabor” ou em “prova do dano extrapatrimonial”, na perspectiva sistemática do ordenamento jurídico, a análise é sobre a razoabilidade ou falta de razoabilidade no descumprimento das normas que tutelam a segurança do consumidor. O dano extrapatrimonial não pode ser aferido por uma apreciação meramente subjetivista, supostamente julgando a pessoa, julgando o que se entende pelo “sofrimento que alguém enfrentou”, ao invés de julgar o fato jurídico viciado na perspectiva da segurança do produto e do serviço (a verdadeira missão do Judiciário). Julgar o sofrimento de uma pessoa é manobra que somente pode ser efetuada por alguma entidade divina. Quer dizer, a conclusão pelo dano moral deve estar pautada em critérios – sendo que *eles são objetivos*.

Em julgado mais recente, na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.395.647/SC (relator ministro Ricardo Villas Bôas

¹ Em teoria do conhecimento, “dogmatismo” significa que o sujeito “apreende o objeto”, ou seja, a consciência cognoscente tem vasto espaço de jogo para lidar com o evento em julgamento. Um ponto de vista sustentado por ampla confiança na razão humana, mas que não deixa de mitigar a própria dignidade de uma legislação que estabelece um sistema protetivo em benefício do consumidor (HESSEN, 2003, p. 20).

Cueva, DJ 18/11/2014), o evento em julgamento era análogo – a existência de um corpo estranho no interior de uma embalagem de bebida que estava lacrada e não teria sido ingerida pelo consumidor –, tendo sido proferida a decisão pelo indeferimento da condenação por danos extrapatrimoniais.

Citando vasta jurisprudência do STJ, o acórdão consignou que “a embalagem de refrigerante vendida ao consumidor com uma mosca em seu interior estava lacrada, com a tampa inviolável, não tendo sido sequer aberta pelo autor, consoante demonstrado pela perícia, que afastou a possibilidade de ingestão do produto em questão”. A racionalidade do entendimento é a mesma anteriormente comentada, na medida em que é adotada uma postura “subjetivista” na apreciação do fenômeno.

Na prática, o Superior Tribunal de Justiça estava quase equiparando o dano material ao dano extrapatrimonial. Afinal de contas, subentendia que a responsabilização civil somente deveria ter provimento quando o sujeito ingerisse algo que efetivamente causasse malefícios à saúde.

Ocorre que a legislação de ordem pública que tutela o consumidor não se reporta somente a uma pessoa – àquele que comprou o refrigerante com um objeto impróprio dentro da embalagem. Pelo contrário, o sistema de tutela do consumidor em uma sociedade de massas explicita políticas públicas e normas de segurança que tendem a proteger “toda a sociedade” contra possíveis inseguranças na entrega dos serviços ou produtos. A compra de um produto por apenas um consumidor assume uma condição de representatividade social, tendo em vista o caráter repetitivo dos *players* e a larga escala das produções industriais ou comerciais que ficam difusamente em contato randômico.

Na perspectiva do dogmatismo que antigamente era adotado pelo STJ, os exemplos da criança que fugiu da creche e da paciente que comprou o remédio riscado teriam suas pretensões negadas. A concepção clássica reputa danoso um acontecimento quando ocorre um efetivo prejuízo a uma subjetividade – note-se que esse subjetivismo não está apenas no objeto em análise, mas na cabeça do julgador, o que parece bastante discricionário em virtude da força cogente das normas referentes às relações de consumo.

2 NOVAS NECESSIDADES DA SOCIEDADE DO CONSUMO E A TUTELA DO DIREITO

O século XX apresenta uma rotação epistêmica do direito privado, que pode ser resumida, muito cautelosamente, com base em três premissas: (a) a institucional, (b) a dogmática e (c) a operativa.

O pós-guerra firmou o estado social, atualmente, alavancado para o Estado Constitucional. Em termos de teoria do direito e de metodologia jurídica, houve a consagração dos direitos humanos enquanto direitos fundamentais nas cartas legislativas do ocidente. Logo o direito privado não estava mais no centro do raciocínio jurídico, pois o ordenamento já não se tratava mais de um sistema “fechado” de dispositivos sujeitos e um arquétipo estritamente codificado, jusestatalista e pré-determinado pela exegese de textos. Conforme Zagrebelsky (2009, p. 13-17), o Direito, como um todo, assumiu a realidade sobre a fragmentação das fontes e a decorrente elaboração de um “projeto jurídico”, por intermédio do qual as normas são abertas, preveem conceitos indeterminados, dependem de uma interpretação lógico-argumentativa e uma abordagem hermenêutica para, finalmente, fazer coexistir princípios e ideologias com fundamento na dignidade da pessoa humana e no pluralismo.

A premissa institucional – que reflete o Estado Constitucional e o modelo de supremacia de Direito por ele estabelecido – resulta no que a dogmática denomina “direito privado solidário” (MARQUES, 2014, p. 26). O paradigma individualista e voluntarista vai cedendo espaços para a funcionalização dos institutos, ou seja, o direito privado assume um compromisso social, para além da mera defesa da liberdade e da igualdade formal. “Construir uma sociedade livre, justa e solidária” é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da CF).

A premissa dogmática poderia ser apresentada antes da institucional, porque reflete um verdadeiro “estado de coisas jurídico” em termos de direito – outrora, *dividido rigidamente entre direito privado e direito público*. A Constituição estabelece seus objetivos e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. O Código Civil de 2002 (REALE, 2002, p. 09), por sua feita, firmase na eticidade, na socialidade e na operabilidade. Quer dizer, o princípio da

eticidade implica valores nas relações jurídicas, e o princípio da socialidade determina a superação do caráter individualista dos institutos. A operabilidade é um apanhado instrumental que visa a facilitar o emprego dos dispositivos.

Antes do advento do Código Civil, o próprio Código de Defesa do Consumidor já estava repleto dessas informações, conformando um microsistema de proteção do sujeito vulnerável em uma relação de consumo. Qual é a “estratégia” normativa utilizada para proteger a vulnerabilidade? Não se trata de meramente estabelecer incansáveis regras de conduta. A nota marcante desse conjunto de dispositivos, inaugurados na transição do século XX para o século XXI, justamente, é a presença de normas programáticas que assinalam finalidades a serem alcançadas.

Ocorre uma mudança de paradigma, porque o direito privado atual se concentra não mais no ato de comércio ou de consumo, mas na atividade. (MARQUES, 2014, p. 91). Não existe uma preocupação estática na suposta vontade interna do indivíduo que declara algo, porém, o foco está nas circunstâncias objetivas que encerram um negócio jurídico, levando em conta o comportamento dos sujeitos. Não se protege a propriedade e a posse enquanto situações, existe uma preocupação no tocante ao atendimento da função social desses institutos. A família deixa de contemplar meros conceitos jurídico-formais, observando-se o afeto e o cuidado. Enfim, o direito privado assume a solidariedade em todos os capítulos de atuação.

A Constituição determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII), condicionando a aplicação de um “estado de coisas jurídicas”. A força normativa se polariza na busca de uma perspectiva ao encontro de um paradigma, seja quando o legislador elabora uma lei, seja quando o administrador aplica a norma, ou mesmo quando o juiz efetua um julgamento. Logo, no confronto entre a posição jurídica do consumidor e a posição jurídica do fornecedor, a solução de sentidos que o ordenamento estabelece é pelo privilégio da defesa do consumidor (CASTRO, 2016, p. 65/9).

Em outras palavras, a defesa do consumidor é um *leitmotiv* (motivo-guia) densificado como direito fundamental. Nesse sentido, Erik Jayme estabelece uma teoria metodológica na qual, observado o pluralismo e demais

aspectos da pós-modernidade, entre eles, a comunicação, a narratividade e a primazia dos direitos fundamentais, as normas jurídicas que aparentemente podem estar em conflito devem convergir para uma solução de continuidade que funcionaliza os objetivos predispostos pelo sistema jurídico (MARQUES, 2014, p. 122). A proposta de Erik Jayme é um método (um caminho) e uma metodologia (um processo) de trabalho por intermédio da qual a coordenação das fontes é flexível (MARQUES, 2012, p. 29), sendo que todas as diretrizes se voltam, coerentemente, para os valores verticalizados pela Constituição. Trata-se de um autêntico “realismo” metódico, porque não apenas se restringe em regras de conduta, não apenas afirma critérios, antes fala em valores, que ficam muito evidentes quando explica o caráter narrativo dos dispositivos – normas narrativas são equivalentes ou mais do que normas programáticas, normas inspiradoras, na medida em que narram objetivos e finalidades.

O dispositivo narrativo basilar do Código de Defesa do Consumidor estabelece:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta; (...)

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

A aplicação do microsistema de proteção do consumidor deve atender esse *standard de proteção performática*. A premissa dogmática coordena a teoria e a filosofia do direito, repercutindo na prática da atividade legislativa e na concretização do direito por intermédio da jurisprudência. Assim, o dano extrapatrimonial não chega a ter uma diferenciação ontológica em relação ao ilícito², considerando a comunicação das normas e o vetor da narratividade. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186 do Código Civil). O dispositivo central do ato ilícito não permite distinguir a contrariedade ao direito em relação ao dano extrapatrimonial – considerando que é um dispositivo que prestava tranquilamente para identificar o dano material.

A premissa operativa revela a inquietude dos juristas³ com relação a “dissociações absolutas” – por exemplo, a dicotomia entre responsabilidade

2 A doutrina se vale da expressão “dano injusto”, que congrega duas questões: (a) a função de o dano configurar um fenômeno contrário ao direito, ainda que seja decorrente de um ato aparentemente lícito (por exemplo, o dano praticado por legítima defesa de terceira pessoa ou por exercício regular de um direito, nos termos do art. 188 do Código Civil); (b) a peculiaridade de uma cláusula geral de “dano injusto” informa um modelo de atipicidade dos danos indenizáveis, porque a diuturna evolução social sempre permite a abordagem de novas violações que, por si, podem implicar um dano (ALPA, 2006, p. 486).

3 A autora pontua a evolução epistêmica dos institutos da responsabilidade civil, em especial, com a maior significação do espaço do nexo de imputação objetivo. “A ampliação do campo de abrangência da responsabilidade acabou, então, por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua configuração; no entanto, não desapareceu completamente a culpa, e nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro”. A culpa em sentido amplo e o risco deixam de ocupar a posição de fundamentos da responsabilidade, passando a serem fontes que convivem no sistema, sem uma solução de exclusão de uma pela outra (HIRONAKA, 2007, p. 45).

contratual e extracontratual, entre nexos de imputação objetivo e subjetivo, assim como a *separação ortodoxa entre o dano extrapatrimonial e a categoria do ilícito*.

Qual é a “moral” do dano extrapatrimonial?

Em outros termos, por que a dicotomia entre dano material e dano extrapatrimonial é nociva à funcionalidade da responsabilidade civil?

O Código Civil de 1916 (elaborado por Clóvis Bevilacqua) trazia conceitos que remetiam à “vontade interna” dos sujeitos (vide art. 85 do Código revogado). Pontes de Miranda (1981, p. 87) comenta que se trata de uma “ingenuidade”, essa utilização de fatores solipsistas, individualistas, porque ficam sujeitos à manipulação. O descuido em relação à fenomenologia e aos aspectos éticos e culturais se deve ao fato de Bevilacqua ser um teórico, um professor, sequer ser um advogado atuante em sua época. Ou seja, a “moral” do “dano moral” do século XX ficava na *cabeça do agente* – que deveria ser interpretado pela discrição do julgador, algo efetivamente impossível e correlacionado a decisionismos estamentais⁴.

A modificação que ocorre por intermédio de um novo direito privado *solidário* é que não importa conferir inúmeros predicados ao dano extrapatrimonial. Se os práticos falam em dano “presumido”, em dano “*in re ipsa*” ou em “aborrecimento significativo”, todos os qualificativos desencobrem uma experiência humana que é meramente instrumental a uma feição “cultural” do que se entende por danoso em determinada sociedade e em um certo lapso temporal. Com efeito, é notável que certas atividades humanas passaram a serem consideradas eventos que desencadeiam a indenização por dano extrapatrimonial, porque foram cotejadas a um grau de ilicitude praticada, ou seja, existe uma reprovação social que decorre da compreensão do ordenamento jurídico⁵.

4 A noção psicológica da “culpabilidade” em direito privado foi abandonada em privilégio da análise de um “modelo de conduta ideal”, um *standard* que abarca as expectativas sociais dos atores em suas diversas relações na sociedade de consumo (SCHREIBER, 2005, p. 51).

5 Na década de 1980, não se cogitava o dano à imagem – não quer dizer que as pessoas não pudessem se sentir lesadas em sua intimidade, em seu psicológico, quando publicada uma notícia perversa a seu respeito. Ocorre que a cultura daquela época, demasiadamente individualista, não se importava com a exposição das pessoas perante a sociedade. Consequentemente, o ordenamento jurídico não tinha a previsão sobre a proteção do nome, da imagem, dentre outras facetas da personalidade. Atualmente, a tutela da imagem respalda decisões conforme a seguinte: “Comprovado que a notícia veiculada pela demandada, muito embora não

É por isso que se fala em dano extrapatrimonial “por desvio de capacidade produtiva”, dano extrapatrimonial “por abalo estético”, dano “existencial”, dentre outras inúmeras categorizações não taxativas. *Todas essas espécies de danos extrapatrimoniais não são decorrentes do tamanho do sofrimento da vítima* – algo que leva ao decisionismo. Elas retratam a força normativa ou o significado jurídico que a contrariedade ao direito representa para determinada cultura na perspectiva axiológica atualmente implicada pela Constituição⁶. Em decorrência, elas levam em conta circunstâncias objetivas do caso concreto para a precificação da indenização, que pode variar quantitativamente.

2.1 A imbricação entre ilícito e dano extrapatrimonial (compromisso da repartição social pelos riscos do mercado de consumo)

A questão não é novidade nas ciências criminais⁷.

É notório que um acidente de trânsito é analisado por um juízo monocrático. Entretanto, a jurisprudência é tendente a considerar que um condutor de veículo *transcendeu a culpa consciente e avançou para o dolo eventual*, na hipótese de haver infração de diversas regras jurídicas para além do evento consumativo contra uma pessoa. Embora o resultado da tragédia seja somente um – o atropelamento ou a colisão de um veículo e o evento morte da pessoa –, os práticos consideram a contumaz violação do direito (ilícito) como algo que modifica a categorização do delito. A diferença entre os ilícitos é “de grau”, mas acaba levando o sujeito ao julgamento por um júri popular⁸.

tenha distorcido os fatos, nem tecido comentários a respeito do assalto ocorrido, no qual o autor Paulo, policial à paisana, acabou atirando e matando um dos assaltantes, divulgou dados pessoais do apelado, violando a privacidade deste, expondo-o a um risco desnecessário, mormente porque um dos assaltantes logrou fugir do local dos fatos, resta caracterizado o abuso do direito de informação por parte da empresa jornalística e, por conseguinte, a obrigação de indenizar.” (TJRS, Apelação Cível nº 70021761473, Décima Câmara Cível, relator desembargador Paulo Roberto Lessa Franz, DJ 24/04/2008).

6 As estruturas jurídicas do direito privado retratam os valores culturais da sociedade contemporânea – o individualismo e o patrimonialismo de outrora cedem espaços à dignidade do ser humano, o autêntico centro epistêmico do direito pós-moderno (HIRONAKA, 2002, p. 221).

7 Não se defende a unidade metodológica entre direito privado e direito criminal – porém chama a atenção sobre a valoração das circunstâncias “internas” a um indivíduo. O juiz não consegue adentrar metafisicamente na cabeça de um sujeito e dizer se ele agiu com culpa ou com dolo, assim como não consegue quantificar o sofrimento de uma pessoa. Em contrapartida, a cultura e seu reflexo no ordenamento jurídico permitem justificar hermeneuticamente o “grau” de contrariedade ao direito.

8 Conforme respeitável doutrina, se um sujeito ingeriu bebida alcoólica e saiu dirigindo, já praticou o delito

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu sobre a pronúncia em situação análoga: “Caso em que o recorrente, sob o efeito de álcool e pilotando carro em alta velocidade, teria perdido o controle do veículo ao tentar vencer curva da estrada, vindo, com isso, a capotar diversas vezes e a causar a morte de um dos ocupantes do automotor por politraumatismo craniano. Somatório de elementos de prova que dão sustentação à tese acusatória de que o recorrente agiu com dolo eventual na produção do resultado, assumindo o risco de produzir a morte de alguém. Dúvida que, nesta fase do processo, resolve-se em prol da sociedade, devendo ser o acusado submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri” (Recurso em Sentido Estrito nº 50010242020118210070, Terceira Câmara Criminal, relator desembargador Luciano Andre Losekann, DJ 23/06/2022).

O julgador não se vale de intuições ou concepções voluntarísticas para tentar entender o que se passava na cabeça do condutor do veículo. O julgado fala em “somatório de elementos de prova” que, em realidade, refletem as tantas violações a diversas normas jurídicas praticadas pelo condutor do veículo. O magistrado coteja o fenômeno que provocou o evento em relação à inteireza dos ilícitos cometidos – conforme o exemplo, a embriaguez ao volante, a velocidade incompatível, dentre outros aspectos juridicamente reprováveis perante o ordenamento. Esses fatos são instrumentais a uma resignificação “cultural” da diferença entre a culpa consciente e o dolo eventual.

A “moral” do dano extrapatrimonial atende ao mesmo raciocínio. O fundamento da atual responsabilidade civil é a colocação do sujeito em risco (dispensando que seja um risco-proveito).

Giselda Hironaka (2007, p. 56) dialoga com respeitável doutrina europeia para assinalar a cláusula geral do “*mise en danger*”, que consiste em *colocar outrem em perigo de maneira qualificada*: isso depende de uma atividade arriscada com potencial capacidade de incorrer em dano, considerando a probabilidade da ocorrência do dano com base empírica ou científica.

doloso previsto no art. 306 do CTB. Havendo uma colisão com evento morte, seria difícil pensar que o dolo de perigo anteriormente praticado não subentende a probabilidade de um resultado que também deve ser doloso – do contrário, somente poderia resultar em crime culposo em decorrência de decisionismo que teoricamente intui aspectos internos do agente (NETO, 2013, p. 186/188).

Adolfo di Majo (2003, p. 191) ressalta que, na sociedade do consumo, atividades socialmente úteis também podem ser perigosas em sua essência. Em especial, porque os produtos ou serviços podem apresentar um defeito massificado, *acabando por fazer equivaler o defeito do produto ou serviço ao dano pelo fato do produto ou serviço*.

Novamente citando um julgado de natureza criminal, o Superior Tribunal de Justiça admite a exasperação da pena base, levando em conta o “grau” da ilicitude – como se houvesse patamares de contrariedade ao direito:

Em princípio, questões relativas à dosimetria da pena não são suscetíveis de apreciação em sede de habeas corpus, que depende da valoração de circunstâncias fáticas, o que é próprio de se fazer nas instâncias ordinárias. Apenas nos casos em que haja violação dos critérios legais ou flagrante desarrazoabilidade do critério adotado nas instâncias ordinárias para o estabelecimento da pena é possível corrigir-se a dosimetria por esta via especial.

Segundo a legislação em vigor (art. 306, § 1º, do CTB), a quantidade de álcool por litro de sangue (6 dg) ou por litro de ar alveolar (0,3 mg) é um dos meios pelo qual é possível inferir a potencial redução da capacidade psicomotora do condutor do veículo automotor.

Sendo assim, a quantidade de álcool ingerida pelo réu pode ser um modulador na fixação da pena-base, porquanto, como é de conhecimento comum, quanto maior o consumo de álcool, menor a capacidade motora e de entendimento do indivíduo, ou seja, o nível de embriaguez está proporcionalmente ligado ao potencial de perigo gerado pela conduta.

Na hipótese, constatado que o nível de álcool no organismo do réu (1,12 mg/L de ar alveolar) era três vezes superior ao limite previsto pela legislação (0,3 mg/L de ar alveolar) não há ilegalidade na exasperação da pena-base, pelas circunstâncias da ação delituosa (maior potencial de perigo).

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que “o magistrado fixe a pena-base no

máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto”. (HC 587.193/DF, Sexta Turma, relator ministro Sebastião Reis Júnior, DJ 18/08/2020)

A dogmática criminal é repleta de exemplos, justamente porque trabalha com fatos humanos que causam resultados juridicamente reprováveis. Ou seja, o magistrado não mergulha na consciência do sujeito para saber se ele foi “mais ou menos” criminoso, mas analisa a significação dos casos na perspectiva de um regime baseado na “ilicitude”⁹ e na “culpabilidade” enquanto reprovação social.

O mesmo raciocínio levou o Superior Tribunal de Justiça a modificar o entendimento, no tocante às *espécies abarcadas pela teoria da qualidade de produtos e serviços*. Anteriormente, havia uma cisão ortodoxa entre responsabilidade pelo defeito do produto ou serviço e responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Voltando aos exemplos da criança que fugiu da creche e do remédio que sequer foi retirado do invólucro, *não haveria dano indenizável*. Tudo ficaria restrito à verificação da individualidade do “consumidor que não consumiu o produto ou que não foi machucado pela falta de zelo da creche”. A maioria dos julgados certamente afirmaria que não “houve prova do dano”.

A jurisprudência evoluiu na perspectiva da própria implementação da ciência, em termos de industrialização e comercialização de produtos e serviços. Portanto, atualmente, naquelas hipóteses elencadas, existe uma zona de penumbra entre a ocorrência, ou não, do dano extrapatrimonial. A tendência é que os julgados admitam a responsabilização do fornecedor quando o risco ou perigo identificado assumo um “grau de ilicitude” que transcende os limites do razoável para a cultura brasileira – ainda que a criança não tenha sofrido machucados físicos, ainda que a consumidora não tenha ingerido produto impróprio.

⁹ No direito privado, ocorre uma aproximação entre ilícito e dano injusto, que, pontualmente, denomina-se como “dano conglobante”. O fenômeno não retira a percepção analítica entre as espécies, tampouco afasta o caráter concreto do sujeito que é vítima – apenas salienta os padrões de conduta que o ordenamento jurídico reputa esperados, porque são reputados justos ou eticamente privilegiados. Em decorrência, a tipicidade do ato ilícito acaba refutada, permitindo uma leitura mais aberta em termos de responsabilização (FACHIN, 2010).

Chamando a atenção para a ilicitude e para o caráter dissuasório imputado pela indenização, *a fortiori*, pode ser lembrada a questão do dano social (art. 6, VI, do CDC). Esse prejuízo é decorrente de lesões à sociedade quando abalado um estado de coisas comunitário, que acaba por rebaixar o patrimônio moral da coletividade. Antônio Junqueira de Azevedo¹⁰ lembra que o valor da “segurança” foi desconstruído de diversos negócios jurídicos – contrato de transporte, de saúde, de ensino, de hospedagem –, viabilizando uma indenização “autônoma”, na hipótese em que verificada a contrariedade ao dever de garantir a confiança do sujeito (quebra da expectativa de segurança).

Ao conferir uma proteção autônoma à “segurança”, em determinados contratos ou estados de coisas jurídicas, fica muito evidente que a manutenção do mercado de consumo também depende disso. Tanto que o Superior Tribunal de Justiça levou em conta o dever de “segurança”, expressamente previsto no art. 8º do Código de Defesa do Consumidor, para aproximar a funcionalidade da responsabilização pelo vício do produto ou do serviço à responsabilização pelo fato do produto ou do serviço (uma leitura dialógica e coerencial dos dispositivos do CDC), conforme assinalado no item abaixo.

No REsp 1.221.756/RJ (Terceira Turma, relator ministro Massami Uyeda, DJ 02/02/2012), o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

10 AZEVEDO, 2004, p. 215/6. A referência é somente para alertar o fundamento do dano com base no grau de ilicitude. Não é o caso de discutir para quem será a indenização, tampouco a diferença entre dano social e outros danos coletivos – distinção importante, mas que extrapola os limites do presente estudo. Para essa última finalidade, verificar FLORENCE, Tatiana Magalhães. Danos morais coletivos (comentários à decisão do STJ no REsp 598.281/MG). RTDC, vol. 28, out./dez. 2006.

Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

A ilicitude desarrazoada foi considerada o epicentro do raciocínio jurídico. Em contrapartida, aspectos contingentes ao dano propriamente dito foram circunstâncias que serviram de parâmetro para o arbitramento da indenização, ratificando a figura do dano conglobante em Direito do Consumidor.

2.2 O recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Em um caso no qual foi encontrado objeto estranho dentro de uma garrafa de bebida, ainda que não tenha havido a ingestão do líquido, tampouco a retirada do lacre, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.801.593/RS (relatora ministra Nancy Andrighi, DJe 15/08/2019), entendeu que é devida a condenação por dano extrapatrimonial, ressaltando os julgamentos em contrário. Na oportunidade, a ministra assinalou que a leitura do Código de Defesa do Consumidor deve observar a tutela do sujeito em um sentido amplo, ou seja, ainda que não aconteça um dano material ou sensível a quem não ingeriu a bebida que sequer foi destampada, a identificação de um corpo estranho dentro do recipiente expõe a coletividade a um perigo contrário ao ordenamento. Assim, conforme o voto, “uma vez verificada a ocorrência de defeito no produto, a afastar a incidência exclusiva do art. 18 do CDC à espécie (o qual permite a reparação do prejuízo material experimentado), inafastável é o dever do fornecedor de reparar também o dano extrapatrimonial causado ao consumidor, fruto da exposição de sua saúde e segurança à risco concreto”.

O acórdão afasta a “incidência exclusiva do art. 18 do CDC” (responsabilidade pelo fato do produto). Muito além disso, o Tribunal elabora um raciocínio sistemático que abarca os artigos 8º e 12 do Código de Defesa do Consumidor, concluindo que os dispositivos devem ser coordenados para resultar na finalidade protetiva do vulnerável.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estava pacificada quando havia o consumo de gênero alimentício em condições impróprias. Porém a Terceira Turma passou a reconhecer o dano extrapatrimonial indenizável para a hipótese em que corpo estranho fosse encontrado no invólucro do produto alimentício, ainda que não houvesse a ingestão do produto – de outro lado, a Quarta Turma entendia que esse caso não ensejava o dever de indenizar por dano extrapatrimonial.

No julgamento do REsp 1.899.304/SP (relatora ministra Nancy Andrighi, DJ 25/08/2021), as Turmas reunidas na Segunda Seção uniformizaram a jurisprudência. Na ocasião, havia corpos estranhos (fungos e ácaro) dentro de um pacote de arroz. Ainda que o consumidor não tivesse ingerido o alimento, o risco da atividade foi considerado suficiente para a condenação do fornecedor ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial. O Tribunal reputou necessária a proteção da segurança alimentar correlacionada à qualidade dos alimentos para a garantia de controle dos riscos para a saúde das pessoas. O Código de Defesa do Consumidor trata da “Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos”, existindo uma zona de penumbra indissociável que teoricamente separa a responsabilidade pelo fato do consumo (art. 12 do CDC) e a responsabilidade pelo vício do consumo (art. 18). No voto condutor, alegou-se: “Não obstante, em que pese esses sentimentos negativos derivados da exposição ao alimento contaminado/violado realmente sejam aptos a causar abalo psicológico, é imperioso considerar que, nos últimos anos, a jurisprudência desta Corte, incorporando a doutrina desenvolvida acerca da natureza jurídica do dano moral, tem cada vez mais reconhecido a possibilidade de compensação independentemente da demonstração da dor ou sofrimento, concluindo que o dano moral se traduz em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja alguns dos aspectos da dignidade do ser humano.”

Em voto-*vista*, o ministro Marco Buzzi ressaltou alguns aspectos da fundamentação, alertando que o dano moral não poderia ser considerado independente de prova (*in re ipsa*), mas deveria ser aferido no caso concreto:

Nessa medida, estabelecem-se como parâmetros para a constatação do dano moral indenizável que: (i) o corpo estranho presente no alimento seja distinto da substância ou constituição natural do alimento; e (ii) capaz – por prova bastante – de causar risco à saúde ou incolumidade física do consumidor caso ingerido, manuseado ou utilizado.

Ressalta-se, portanto, que a ingestão do produto contaminado, embora constitua circunstância evidentemente agravante a influenciar nas dimensões do dano e, por conseguinte, de sua reparação, não pode servir como critério/requisito para a configuração do dano moral, pois tal imposição contraria a garantia de segurança alimentar e vem de encontro ao ordenamento jurídico normativo, voltado para a dignidade da pessoa humana e amparo ao consumidor.

Com esse norte hermenêutico, na hipótese ora em comento, a despeito de não ter havido o efetivo consumo do produto, ficou plenamente demonstrada a exposição do consumidor à efetiva e concreta lesão à sua saúde, consubstanciada na comprovação da existência de “(...) fungos filamentosos e esporos de fungos, insetos vivos e mortos e ácaros vivos e mortos” no produto alimentício adquirido.

Os respeitáveis argumentos lançados pelo ministro devolvem à discussão a perspectiva por intermédio da qual se valora o dano extrapatrimonial: (a) trata-se de aferir o sofrimento da pessoa, tentando adentrar na esfera metafísica do sujeito ou (b) parte-se da análise da categorização e aferição do “grau” do ilícito perpetrado.

E se uma pessoa portadora de deficiência visual comprasse um pacote de arroz? Se uma pessoa portadora de deficiência mental adquirisse um refrigerante e não se importasse com uma pedra dentro da garrafa?

É possível alegar que a “condição da pessoa” do caso concreto pode implicar na caracterização do dano. O problema é que um mesmo fenômeno – nocivo, em termos de perspectiva cultural – será tratado de maneira diferente para uma classe de pessoas, ainda que o CDC seja aplicável em uma sociedade de consumo em massa.

A moral do dano extrapatrimonial é o grau de intensidade da desconformidade ao direito que potencialmente causa risco à qualidade do produto ou serviço.

O ponto nodal é a “qualidade do produto ou do serviço”, não a condição da pessoa ou a intensidade do sofrimento que ela enfrenta. Essas circunstâncias podem meramente agravar em termos de precificação da indenização (com todo o respeito ao voto-vista elaborado pelo eminente ministro).

No atual quadrante constitucional, não ocorre uma utilização axiomática e excludente dos critérios da hierarquia, anterioridade ou especialidade das fontes jurídicas. “Pela força da Constituição (e dos Direitos Fundamentais), fontes plurais não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (*dia-logos*), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (“escutando-as”), impondo soluções harmonizadoras e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a essas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional” (MARQUES, 2002, p. 23).

No AREsp 1246550/SP, julgado em 26/03/2018, a ministra Assussete Magalhaes pontuou:

Tem-se que as diferentes normas que tratam da mesma relação jurídica, ou de relações jurídicas convergentes, devem ser aplicadas simultaneamente ao caso concreto, de forma coordenada e dialógica, para que haja preservação da harmonia do sistema jurídico nacional.

Da mesma forma que a Constituição não pode ser interpretada “em tiras”, por força do Princípio da Unidade Constitucional, o sistema jurídico, globalmente considerado, também não pode ser analisado de forma compartimentada, norma a norma.

Ao contrário, a análise deve ser absolutamente sistemática, para que todas as normas jurídicas capazes de incidir no caso concreto possam ser aplicadas aos fatos, com maior ou menor intensidade, de modo que a coerência do ordenamento seja mantida, afastando-se antinomias indesejadas.

Os artigos 4º, 7º e 8º do Código de Defesa do Consumidor valem como normas de orientação lógica e funcional para a teoria da qualidade do produto e do serviço. Nos casos examinados em exemplos e em julgados, a “moral do dano extrapatrimonial” enseja um diálogo sistemático entre os

dispositivos, sobretudo, ocasiona uma aproximação coerencial entre os arts. 12, 14, 18 e 20, todos do CDC. Um produto ou serviço pode apresentar um vício tão desarrazoado que acaba por resultar no dever de indenizar por ocasião do “dano conglobante”, um dano resultante da grave violação dos deveres previstos no próprio sistema jurídico.

3 O DANO EXTRAPATRIMONIAL CONGLOBANTE NÃO PREJUDICA A TUTELA PREVENTIVA ESPECÍFICA NA PERSPECTIVA DO PROCESSO CIVIL

A interpretação sistemática e coerencial do artigo 4º e do artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor aproxima as espécies da teoria da qualidade do produto e do serviço – responsabilidade pelo “vício” e responsabilidade pelo “fato”. Respeitosamente, não é a prova de um sentimento “interno” do sujeito que emplaca o dano extrapatrimonial, porque se trata de categoria conglobante que abarca a ilicitude instrumentalizada para prevenir e compensar o prejuízo ocasionado ao consumidor.

Um objeto estranho dentro de um recipiente que sequer foi aberto implica o dever de reparação civil. Isso não arrefece a primazia da tutela específica prevista no art. 499 do CPC: “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prática equivalente”. A tutela do direito continua podendo ser preventiva (inibitória ou de remoção do ilícito) e repressiva (que ataca o dano propriamente dito). Em termos de dano extrapatrimonial, contudo, essas linhas de atuação do processo civil ficam limítrofes, sendo que a desarrazoada contrariedade ao direito já permite identificar o dever de indenizar.

“A tutela específica foi definida em contraposição à tutela pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação inadimplida, a forma de tutela típica ao processo de conhecimento do século XX. Tutela específica é a preordenada à conservação ad integridade do direito material, enquanto tutela pelo equivalente é a que se resolve em pecúnia, ou seja, a que substitui o direito por uma medida monetária. Nessa linha, a primeira das tutelas específicas é a tutela inibitória. Trata-se da tutela que visa a inibir a violação do direito.

Na sequência, surge a tutela posterior à violação do direito, mas anterior à preocupação com o eventual dano¹¹. Na hipótese de um sujeito ter comprado um veículo que apresentou vício de fabricação, o Ministério Público ou os órgãos de proteção do consumidor podem provocar a empresa para um “recall” ou para a retirada do automóvel do mercado. Agora, isso não afasta que as pessoas que compraram o carro e enfrentaram esse vício de fabricação postulem a indenização por dano extrapatrimonial pautado por uma ilicitude desarrazoada. Tudo está no plano pré-processual, no plano da tutela das normas de proteção ao consumidor, que convergem para cumprir as finalidades que o sistema jurídico encarrega aos fornecedores de produtos e serviços.

A dogmática do processo civil, ainda que visualizando esse tipo de caso no plano pré-processual, não afasta a questão do dano conglobante em se tratando da teoria da qualidade de produtos e serviços – um dano extrapatrimonial caracterizado pelo ilícito culturalmente desarrazoado. O sistema jurídico protege o consumidor por intermédio de todos os remédios e técnicas previstas pelo ordenamento, sem, contudo, afastar o dever de indenizar nos casos assinalados¹².

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor é um microsistema legislado para cumprir a prestação constitucional imposta ao Estado. A teoria da qualidade de produtos e serviços se reporta expressamente à prevenção e reparação de danos, ou seja, consiste em um gênero do qual são espécies a responsabilidade pelo “vício” e pelo “fato” dos produtos e serviços.

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: 2016, p. 66. Adolfo di Majo pontua o mesmo raciocínio, no sentido de que um remédio processual não é excludente do outro.

12 A jurisprudência chega a conferir um prazo decadencial de 30 dias para a concessionária resolver o vício de um automóvel que tenha apresentado problemas (art. 18, § 1º, do CPC), sem afastar, contudo, a possibilidade da condenação do fornecedor ao pagamento do dano extrapatrimonial que se caracteriza pela ilicitude desarrazoada da própria conduta: “Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afirmou de forma categórica a existência de vício no produto, tendo sido o veículo encaminhado diversas vezes para conserto e não sanado o defeito no prazo de 30 (trinta) dias. Rever essa conclusão esbarra no óbice supramencionado. Configura dano moral, suscetível de indenização, quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido. O valor fixado a título de danos morais, quando razoável e proporcional, não enseja a possibilidade de revisão, no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ” (REsp 1.632.762/AP, Terceira Turma, relatora ministra Nancy Andrighi, DJ 14/03/2017).

O conjunto de dispositivos deve ser compreendido no enfoque de garantir o “atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º do CDC). É por isso que o Superior Tribunal de Justiça se valeu do artigo 8º para ressaltar a tutela da segurança do consumidor e, na prática, aproximou a categoria do “vício” à categoria do “fato” do produto e serviço.

Em um mercado que consome de maneira massificada e que sinaliza a vulnerabilidade do consumidor, o dano extrapatrimonial conglobante suaviza a ortodoxa separação entre ilícito e dano. Afinal, o próprio sistema jurídico contempla o dever de responsabilização e também de prevenção em relação a todas as práticas que caracterizem um ilícito desarrazoado, independentemente da classificação que se imputar ao dano – dano *in re ipsa*, dano presumido, dano moral puro, dano estético, dano existencial, dano por perda de uma chance, dano por desvio de capacidade produtiva, dentre outros. Os predicados não se reportam estritamente ao dano, parecem enfatizar a necessidade da “prova do dano”. Em termos práticos, encerrados na teoria da qualidade de produtos e serviços, o dano extrapatrimonial possui uma correlação axiológica com o grau de ilicitude praticado.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *I principi generali*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, jul./set. 2004.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Tutela jurisdicional do consumidor: o convencimento judicial e o ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. *Revista Jurídica*, nº 397, nov. 2010.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade presuposta – evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, nº 1, ano 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 10, abr./jun. de 2002.

JAYME, Erik. A vocação universal do direito internacional privado – tendências atuais. Discurso por ocasião da inauguração do novo prédio da Academia de Haia, 18/01/2007. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, edição comemorativa.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, jan. 1999.

MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*. Quarta edizione. Milano: Giuffrè, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do “diálogo das fontes” hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). *Diálogo das fontes – novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1981.

NETO, Orlando Faccini. Embriaguez na condução de veículo automotor e homicídio: estudo de um critério. *Revista da Ajuris*, nº 129, mar. 2013.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v. 9, jan.-mar. 2002.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 22, abr./jun. 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

DA EXTENSÃO DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS: LIMITES À POLITIZAÇÃO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Danilo Henrique Nunes

Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – área de concentração: Direitos Coletivos e Cidadania; linha de pesquisa: Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania – na condição de bolsista do Programa Institucional de Pesquisa e Produtividade do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/SP e do CAPES/MEC.

Lucas Souza Lehfeld

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor orientador dos programas de mestrado e doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professor e advogado.

Luciano Dal Sasso Masson

Doutorando e mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Defensor público do Estado de São Paulo.

Submetido em: 26/04/2022

Aprovado em: 25/08/2022 e 26/08/2022

RESUMO: Este artigo analisa o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, em especial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e tem como objetivo descobrir se esta, em virtude de suas características, seria mais sus-

cetível para provocar o fenômeno da judicialização da política no STF. Para isso, foi preciso um estudo acerca do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, em especial pela ADPF, junto a seu objeto e regramento. Os preceitos fundamentais, pela sua forma não taxativa, possibilitam uma amplitude de interpretações. Referente à judicialização da política, mesmo havendo divergência na opinião de doutrinadores e magistrados quanto aos seus efeitos, o fenômeno permeia as apreciações constitucionais de larga repercussão no que tange aos direitos fundamentais, gerando uma intervenção jurídica no âmbito político. A partir da análise dos votos dos ministros do STF junto às principais ADPFs já apreciadas pela nossa Corte Maior, ou ainda em trâmite, foi possível perceber como os preceitos fundamentais são colocados como justificativa nos votos de forma dilatada. Com o resultado se permite concluir que, diante da amplitude e da não taxatividade sobre o conceito de preceito fundamental, a chamada “judicialização da política” está em constante presença no Judiciário, que deveria, entretanto, agir por meio do código normativo, resguardando a segurança jurídica, a independência e a harmonia dos Poderes da República.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade; Preceitos Fundamentais; Judicialização da Política.

ABSTRACT: This article analyzes the control of constitutionality exercised by the Federal Supreme Court, especially in the Argument of Noncompliance with a Fundamental Precept and aims to find out if this, due to its characteristics, would be more susceptible to provoke the phenomenon of judicialization of politics in the STF. For this, it was necessary to study the system of concentrated control of constitutionality, especially by the ADPF, along with its object and regulation. The fundamental precepts, which, due to their non-exhaustive form, allow for a wide range of interpretations. Regarding the judicialization of politics, even though there is a divergence in the opinion of scholars and magistrates as to its effects, the phenomenon permeates the constitutional assessments of wide repercussion regarding fundamental rights, generating a legal intervention in the political sphere.

From the analysis of the votes of the STF ministers with the main ADPFs already appreciated by our higher court, or still in progress, it was possible to perceive how the fundamental precepts are placed as a justification in the votes in a dilated way. With the result, it is possible to conclude that, given the breadth and non-exhaustiveness of the concept of fundamental precept, the so-called judicialization of politics is constantly present in the Judiciary, which should, however, act through the normative code, safeguarding legal certainty, the independence and harmony of the Powers of the Republic.

KEYWORDS: Constitutionality Control; Fundamental Precepts; Judicialization of Politics.

1 INTRODUÇÃO

Graças a um sistema democrático regido por normas constitucionais que asseguram direitos e garantias fundamentais, os mais variados interesses sociais são apresentados ao Supremo Tribunal Federal (STF), seja por meio do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, postos numa arena intelectual de debates para serem avaliados perante a conformidade constitucional. Diante de tais necessidades, o STF é constantemente provocado para decidir sobre a constitucionalidade das questões pautadas.

O presente trabalho abordará, a partir da pesquisa bibliográfica e documental e do método hipotético-dedutivo, o controle de constitucionalidade concentrado do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como problemática teórica de pesquisa a exposição de recorte sobre o conceito de preceito fundamental que enseja a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com fundamento na Lei Federal nº 9.882/1999 – que implementou o comando decorrente do artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988 – e se tal conceito teria embasamento para provocar o fenômeno da judicialização da política no Supremo Tribunal Federal.

E, para ajudar na construção de uma resposta satisfatória ao problema, foi necessário um estudo acerca dos preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, já que são os objetos a serem resguardados em uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem

como uma análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em um variado leque de ADPFs, julgadas tanto procedentes quanto improcedentes, entre o ano de 2003 e os dias atuais, algumas das quais, até a presente data, ainda encontram-se pendentes de julgamento.

Deve-se também ter a preocupação de que, em decorrência da própria indefinição dogmática do instituto do preceito fundamental, a judicialização da política poderia ganhar ares na Suprema Corte quando da apreciação das ADPFs, pois presume-se que o resguardo aos direitos fundamentais seja algo inabalável segundo o entendimento dos ministros do STF.

Como corolário, o tema da judicialização da política, notadamente por meio da ADPF, tem despertado intensos debates acadêmicos a partir da consolidação democrática brasileira, e exemplos claros foram recentemente julgados no Supremo Tribunal Federal com decisões que poderiam ter resultados cruciais para a sociedade num âmbito político, econômico e social do país.

2 DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Diante de tamanha supremacia, a Constituição mostra-se dotada de linhas básicas do Estado que visam a estabelecer diretrizes e limites ao conteúdo legislativo. Sua plurissignificatividade e complexidade inigualável propiciam múltiplas perspectivas de análise e, dessa forma, não há de confundir a Constituição como uma regulamentação precisa e completa. Contudo, assegurar limites de um poder através de uma carta de princípios seria inócuo, se não forem garantidas as condições e instrumentos pelos quais a norma jurídica seja assegurada. Assim, maculada a ordem constitucional através de atos inconstitucionais, é necessário que se restabeleça a unidade ameaçada, aplicando-se os instrumentos capazes de modificar tais atos contrários à Constituição (MENDES, 2015, p. 1041 e 1042).

Hans Kelsen, criador do controle concentrado de constitucionalidade, justificou em sua obra “Teoria Pura do Direito” por que um único órgão exerce o controle de constitucionalidade, afirmando que “se a Constituição

conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos” (KELSEN, 1998, p. 189). Em vista disso, prevendo evitar tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência a um determinado órgão jurídico, o Supremo Tribunal Federal.

Luís Roberto Barroso (2012) destaca que um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é para com a proteção dos direitos fundamentais das minorias em face das maiorias parlamentares eventuais, havendo como pressuposto a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade, que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. Certamente aqui não se cuida de típico direito de ação, disciplinado pelas leis processuais, tampouco se observam pretensões individuais, nem tutela de direitos subjetivos.

Explica Ferreira Filho:

Controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico (FERREIRA FILHO, 2012, *on-line*).

Em consequência, são passíveis de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “a” e, no caso da ADPF, do parágrafo 1º do mesmo dispositivo, as emendas constitucionais; as leis complementares; as leis ordinárias; as leis delegadas; as medidas provisórias; os decretos legislativos; as portarias e resoluções; todas as espécies normativas constantes do art. 59 da CF; a legislação ordinária e os regulamentos autônomos produzidos no âmbito de cada uma das entidades federativas; a legislação distrital; e os tratados internacionais, elaborados após a Constituição de 1988 (MENDES, 2015, p. 1154).

Portanto, no controle concentrado, busca-se o reconhecimento do princípio da supremacia da constituição e de sua força normativa vincu-

lante, a fim de garantir a proteção ao interesse público e ao ordenamento jurídico como um todo.

3 ASPECTOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

As transformações no Poder Judiciário brasileiro após a nova ordem constitucional de 1988, vistas a partir de uma concepção macrossociológica, teriam permitido uma mudança na participação majoritária e nas decisões políticas no parlamento para uma democracia funcional, com a participação ampliada em diversos setores da sociedade civil e do Estado, no qual as normas constitucionais seriam formuladas com o objetivo da promoção dos interesses coletivos e individuais (KOERNER, 2012).

Apontar uma conceituação precisa do termo “judicialização da política”, segundo Elói e Teixeira (2014), seria uma tarefa árdua e complexa, pois estudos sugeririam que o tema seria consequência do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelo Poder Judiciário, no entanto, Tocqueville (2002, p. 89) já constatava, em sua viagem aos Estados Unidos da América, em 1831, o fenômeno da judicialização da política:

Não creio que, até agora, alguma nação do mundo tenha constituído o Poder Judiciário da mesma maneira que os americanos. O mais difícil para um estrangeiro compreender nos EUA é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras potências políticas (TOCQUEVILLE, 2002, p. 89).

A obra “A Expansão Global do Poder Judicial”, produzida por Tate e Vallinder (1995), se tornou uma referência no estudo do aumento das estruturas judicantes e suas legitimidades democráticas quando da atuação no âmbito político. Os autores identificaram algumas condições consideradas facilitadoras à expansão do instituto da judicialização da política, são elas: um sistema político democrático; a existência de um ordenamento institucional fundado na separação de Poderes; a existência de uma carta de direitos (constituição); recurso ao Judiciário por grupos de interesse; recurso ao Judiciário pela oposição; a inefetividade das instituições majoritárias em

impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas; percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais; e algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais.

Para Barroso, a judicialização da política significa:

[...] um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria (BARROSO, 2008, *on-line*).

Na visão de Cittadino, a judicialização da política “designa um fenômeno relacionado à participação político-jurídica, que ampliaria o processo judicial de interpretação constitucional ligando democracia participativa e concretização de direitos fundamentais” (2002 p. 19).

Assim, percebe-se que o referido termo ocorre em situações nas quais os Poderes Executivo ou Legislativo são convocados para se manifestar sobre determinado instituto e se mostram falhos, dando margem para que o Poder Judiciário atue no prosseguimento da análise da legalidade ou não do ato. Diante disso, abrem-se brechas para uma maior intimidade entre Direito e Política, sendo trabalhoso distinguir possíveis atuações em favor de “interesse político” ao invés de “direito” de fato (CASTRO, 1994), tornando-se uma verdadeira “política de direitos” (TATE, 1995), fazendo com que o Judiciário participe de resultados nas definições, reformulações ou implementações de políticas públicas e sociais.

E essa discussão recentemente ganhou um colorido a mais: trata-se da ideia de transnormatividade e política urbana, extraíndo-se que o paradigma normativo deixa de ser exclusivamente estatal, passando a ser analisado também sob o recorte de ordens jurídicas externas, estatais ou não estatais.

Assim, o fenômeno da globalização também merece guarida jurídica, pois a intimidade buscada entre Direito e Política transcende o diálogo meramente sob a perspectiva interna.

Cita-se:

Trata-se, portanto, de um fenômeno em que uma ordem jurídica transcende o Estado ao mesmo tempo que influencia seu Direito, criando normatividade a partir dos agentes globais que exercem regulação para além dos muros nacionais, e que pode ser considerado um sinal dos tempos da globalização e da crise da soberania (FORNASIER, M.; KNOBEL, N., página 7).

Imperioso pontuar também que a judicialização poderá recair sobre matérias de índole socioambiental, que muitas vezes colocam os Poderes em lados aparentemente antagônicos. Cita-se, como exemplo, a Emenda Constitucional nº 96/17 – conhecida como “PEC da Vaquejada” –, que, ao alterar o § 7º do art. 255 da CF, passou a dispor que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do artigo 215 da CF, e se assegure o bem-estar dos animais.

Anteriormente ao movimento trazido pela referida EC, a questão já havia chegado ao Supremo Tribunal Federal, que, por meio da ADI nº 4983 – dentro do “processo judicial de interpretação constitucional” visto alhures –, declarou que lei do Estado do Ceará que previa a vaquejada era inconstitucional. Assim, a alteração constitucional, em aparente confronto com a decisão do STF, passou a autorizar a prática anteriormente declarada inconstitucional.

A novel alteração constitucional introduzida pela EC nº 96/17 chocou-se com a proteção dos animais prevista no inciso VII, artigo 225, da mesma CF, de onde emerge o dever de proteção que recai sobre 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 animais a crueldade. Novamente o Supremo será convocado a se pronunciar sobre preceitos de envergadura constitucional e se debruçará sobre o tema da vaquejada e sua conformação constitucional ou não, agora por meio da ADI nº 5728/DF, que atualmente encontra-se pendente de julgamento.

O exemplo trazido bem ilustra o papel do Poder Judiciário como potência política delineadora do alcance de direitos fundamentais, algo intimamente relacionado à análise das ADPFs pelo STF, como veremos abaixo.

3.1 A tendência de judicialização da política frente à Constituição Federal

Sendo um modelo recheado de princípios e valores, a Constituição Federal de 1988 possibilita uma interpretação expansiva que, em muitas vezes, acaba em detrimento da atuação do legislador. Considerando que os princípios têm conteúdo menos denso que as regras, conflitos acabam ocorrendo, o que faz com que o julgador tenha de fazer uma ponderação entre os princípios em questão para entender qual será o que receberá a proteção constitucional (KACELNIK, 2009).

Maciel e Koerner (2002) entendem que a judicialização da política, no sentido constitucional, refere-se a um novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação de intervenção dos tribunais na política.

Werneck Vianna (1999), no que se refere às decisões judiciais dotadas por uma judicialização da política, aponta algumas tendências presentes referentes ao acolhimento de demandas relacionadas ao envolvimento de direitos difusos e coletivos e seu maior acolhimento no tocante às políticas públicas, tal como maior constância em temas como o controle da moralidade administrativa e práticas políticas.

Explica a doutrina:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2008).

Por conseguinte, a primeira grande causa da judicialização da política ocorreu na redemocratização do país com a Constituição Federal de 1988, quando da recuperação das garantias da magistratura, momento em que o Poder Judiciário “*deixou de ser um departamento técnico-especializado e se*

transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” (BARROSO, 2008).

Um segundo motivo, segundo Barroso (2008), dá-se pelo sistema de constitucionalidade brasileiro, um dos mais abrangentes do mundo, que permite a qualquer juiz ou tribunal deixar de aplicar uma lei caso a considere inconstitucional, bem como permite a entidades públicas e privadas a possibilidade de ajuizar ações diretamente do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, Barroso aponta uma terceira causa para a judicialização da política ao tratar da constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Nesse sentido, constitucionalizar uma matéria significa transformar política em direito, e Barroso exemplifica o fato: “*se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas*” (BARROSO, 2008).

Ainda nessa linha de (re)valorização do juiz pós-1988, Lênio Streck (2002, p. 125) identifica o Poder Judiciário como instrumento de resgate de direitos não realizados quando da inércia do Poder Executivo e da falta de atuação do Poder Legislativo.

Noutro giro, existem argumentos que demonstram possíveis perigos referentes à judicialização da política, e são descritos por alguns doutrinadores, bem como são alvos de críticas. Rosa Júnior (2008) menciona que a constante delegação aos magistrados para conhecer matérias que antes eram vistas como essencialmente políticas pode ocasionar a substituição de competência do Poder.

Oscar Vilhena Vieira (2018) salienta que o Supremo Tribunal Federal se destacou frente aos demais Poderes e assumiu inédita centralidade no arranjo político brasileiro, pois o exercício ativo de suas funções estaria demonstrado em decisões de julgamentos icônicos, como no caso das células-tronco, da fidelidade partidária e dos crimes hediondos. Nessas oportunidades, a corte teria revelado o “*mal-estar supremocrático*”, o qual, segundo o autor, é o poder sem precedentes conferido ao Supremo

Tribunal Federal, para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais Poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição.

Mariano (2011) entende que determinado grupo irá perceber a judicialização da política como oportunidade plural e participativa pela sociedade civil como meio de concretização dos direitos fundamentais, enquanto outro sequer se ocupa do potencial democrático dos novos instrumentos jurídicos, pois se concentra em entender a judicialização da política em termos de um conjunto de escolhas postas por instituições cuja origem não compete à análise.

De fato, mesmo que a decisão final seja uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais no mundo, no Brasil distingue-se pela escala e natureza. De escala devido à quantidade de temas que têm status constitucional e são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização e, de natureza, por não haver nenhum obstáculo para que a Suprema Corte aprecie os atos produzidos pelo sistema representativo (VIEIRA, 2018, p. 96).

4 NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDOS

Cabe-nos agora tentar descortinar e propor um entendimento acerca de um dos grandes temas do Direito Constitucional da atualidade: o que, afinal, é um preceito fundamental? O que se amolda a esse conceito tão elástico e indeterminado?

Referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o constituinte de 1988 tratou de dar eficácia limitada, conferindo sobre seu processo e julgamento na Lei nº 9.882/99 que, mesmo dispondo sobre sua aplicabilidade de tutelar o preceito fundamental em face de ato do poder público, deixou lacuna quanto à definição do objeto da arguição, o que torna difícil indicar de forma precisa os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifique a arguição de descumprimento (MENDES, 2015, p. 1290).

Marinoni (2013, p. 1212) justifica que não há na doutrina e na jurisprudência do STF inequívoca definição do que seja preceito fundamental, mas se tem como certo que nem toda a norma constitucional corresponde

a preceito fundamental e que certas normas, a depender de seu conteúdo, especialmente as que consagram os princípios fundamentais, os direitos fundamentais, os que abrigam as cláusulas pétreas e os que contemplam os princípios constitucionais sensíveis, merecem proteção sob o rótulo de preceito fundamental.

Sarlet (2010, p. 29) menciona que “não há dúvida que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, ainda que representado por entes coletivos”.

Essa definição acerca dos preceitos fundamentais resguardados pela Arguição de Preceito Fundamental mostra-se inconsistente, restando ao Supremo Tribunal Federal delimitar o conceito.

Mais uma vez, o STF é chamado a se pronunciar, dessa feita para tentar aclarar, ao lado do que diz a doutrina, sobre o que seria um preceito fundamental, pois, só a partir desse ponto de partida, poder-se-á entender o instituto da ADPF.

Isso posto, desde seu início e até a data de 30 de abril de 2018, foram autuadas 398 ADPFs no Supremo Tribunal Federal e, como maior demandante, está o Procurador-Geral da República (PGR), seguido pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

No que tange às demandas de forma mais precisa, segundo o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2018, o PGR impetrou 45 ADPFs, seguido pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com 14 autuações; pelo partido Democratas (DEM), com 12 autuações; pelo Presidente da República, com 10 autuações; e, finalizando, pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com 10 autuações.

A partir da análise das apreciações das ADPFs no Supremo Tribunal Federal, foi possível constatar, a partir da fundamentação dos ministros, que amplas interpretações acerca do conceito de preceito fundamental foram apontadas e aplicadas em diversas temáticas, seja na procedência ou na improcedência das arguições.

Nota-se, assim, que o STF, a partir de ADPFs propostas, identificará no caso *sub judice* a existência, ou não, de um preceito fundamental e a conseqüente necessidade de sua proteção judicial, conforme veremos abaixo.

4.1 Análise exemplificativa dos preceitos fundamentais entendidos como violados nas ADPFs

Neste tópico, analisar-se-á algumas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental e seus julgamentos procedentes pela Suprema Corte, sem o intuito de esgotar o tema.

Dando início ao tópico, a primeira ADPF tratada é de relatoria do ministro Gilmar Mendes, de nº 33, cujo objetivo era dar segurança jurídica referente à vinculação do quadro de salários das autarquias com o salário mínimo, com fundamento na ofensa do princípio federativo, referente à autonomia dos estados e municípios com fulcro no art. 60, § 4º, da CRFB/88, assim como à vedação constitucional de vinculação de salário mínimo e quaisquer dos seus fins, prevista no art. 7º, IV, da CRFB/88. O preceito fundamental violado em tal ADPF foi o princípio constitucional da segurança jurídica, sendo cabido a arguição sob o olhar fundamentado no art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99, em vista de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido oposto à jurisprudência pacificada do STF referente à vinculação dos salários apontados, nos termos da ementa:

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4º, CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão de *amicus curiae* mesmo após terem sido prestadas as informações. 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário-mínimo. 5. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário-mínimo. 6. Cabimento de arguição de des-

cumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. 8. Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como arguição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de *jus postulandi*. 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, *in fine*, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4o, §1o, da Lei no 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário-mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, *in fine*, da Constituição Federal). (ADPF 33,

Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, DJ 27-10-2006 PP-00031 EMENT VOL-02253-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-03 PP-00873).

Por conseguinte, a ADPF nº 54, de relatoria do ministro Marco Aurélio, possuía como objetivo a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, sem que tal conduta reverberasse em ilícito penal. O preceito fundamental violado foi o da dignidade da pessoa humana, direito à vida e proteção da autonomia, liberdade, privacidade e saúde, assim como o reconhecimento pleno dos direitos individuais. Assim sendo, o relator julgou procedente a demanda no tocante à declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo pode ser tipificada conforme o dispositivo dos arts. 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal, sendo julgado procedente pela maioria do Tribunal, conforme a ementa:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011).

É de se destacar que as decisões em arguições, dentro dessa análise das principais decisões que ora se propõe, também têm importância para o Estado socioambiental brasileiro, entendido esse como a possibilidade de o Estado promover a regulação das atividades econômicas, possuindo como norte o ajuste do desenvolvimento econômico com valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável.

Nesse diapasão, digno de nota mostra-se a ADPF nº 101, cuja relação foi da ministra Cármen Lúcia, qual tinha como objetivo a proibição de importação de pneumáticos usados. Entendeu-se que o preceito fundamental violado foi o do direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado, assim como a busca pelo desenvolvimento econômico sustentável e seus princípios constitucionais de liberdade e livre iniciativa em continência com o desenvolvimento social saudável, observando os arts. 170, 196 e 225, da CF. Tal demanda foi julgada parcialmente procedente, vencido o ministro Marco Aurélio, que a julgou improcedente, nos termos da ementa resumida, que segue:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar

a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da lega-

lidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República (...) (ADPF 101, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011).

Por ser um verdadeiro marco político-decisório para o correto entendimento da coexistência entre o desenvolvimento econômico e as preservações ambientais e de saúde humana, pontuam-se ainda os seguintes tópicos que eclodem da ADPF nº 101:

I - Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil).

II - Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul, limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças.

III - Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, são responsáveis pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impede a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) por conta do alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto, se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos.

IV - Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil).

No caso em testilha, o preceito fundamental violado, para além de uma perspectiva meramente individual, que é a tutela da vida e da dignida-

de humana, foi corretamente entendido pelo Tribunal como de expressão socioambiental, responsável pela proteção da sadia qualidade de vida de toda a população numa perspectiva intergeracional.

Ainda sobre a questão do uso adequado dos pneus, num enfoque difuso-socioambiental, merece destaque o que diz a doutrina:

Já existem registros de utilização de pneumáticos na produção de energia, asfalto e outros, mas ainda são consideradas tecnologias de alto investimento, isto desencoraja os administradores e empresários. No entanto, encontramos incentivos para a utilização desses resíduos em locais abertos e em artigos artísticos. Agindo assim, não estaríamos liberando o empresariado de suas obrigações enquanto oneramos o meio ambiente? (SILVA, JAILTON JOSÉ DA. Uma questão ambiental. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, pág. 1136).

Nessa proposta de análise das principais ADPFs julgadas pelo STF e de como elas têm importante papel na determinação de marcos políticos no país, têm-se a ADPF nº 130, de relatoria do ministro Carlos Britto, a qual possuía como objetivo declarar a Lei de Imprensa incompatível com a Constituição. O preceito fundamental violado foi o da livre manifestação do pensamento, direito de resposta, direito à intimidade, à vida privada, honra, imagem, livre exercício de qualquer trabalho, acesso à informação e a não restrição para com a comunicação social. Como corolário, o Tribunal, por maioria dos votos, julgou procedente a ação, dessa forma:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA,

CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚ-

CLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTOR-REGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. (ADPF 130, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020).

Ainda discorrendo sobre a ADPF nº 130, vê-se que ela representa um marco político muitíssimo importante, pois:

I – O STF, analisando a Lei de Imprensa em bloco, considerou sua incompatibilidade com princípios trazidos na Constituição Federal, notadamente a liberdade de comunicação inerente ao Estado Democrático.

II – Concessão de amplitude ao direito de resposta, não o condicionando a fatos decorrentes da não recepcionada Lei de Imprensa.

III – Ainda segundo o Supremo, o direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada, é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal.

IV – A determinação de aplicação de normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, às causas decorrentes das relações de imprensa, para que não ocorra qualquer espécie de “vácuo normativo”, já que a lei de imprensa não foi recepcionada pela ordem constitucional atual.

Em sequência, versa-se sobre a ADPF nº 132, cujo relator foi o ministro Ayres Britto, a qual possuía como objetivo de impetração o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, nos termos do art. 1.723 do Código Civil de 2002, à luz do art. 3º, inciso IV, da CRFB/88. Tal demanda possuía o preceito violador da dignidade da pessoa humana, da liberdade, do livre exercício da liberdade sexual, da igualdade, da vedação da discriminação e do pluralismo, visto que o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”, previsto no art. 3º, inciso IV, da CF, não se encontra

efetuado. Assim sendo, o Tribunal conheceu a ADPF 132 com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), julgando a demanda procedente, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, da seguinte forma:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade.

Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos (...). (ADPF 132, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001).

Como conclusões relevantes que se extraem da ADPF nº 132, tem-se a determinação de interpretação conforme do artigo 1.723 do CC com a Constituição Federal, para a possibilidade de reconhecimento da união estável homoafetiva com entidade familiar, merecendo especial proteção estatal e sem qualquer possibilidade de determinação de hierarquia desse modelo familiar aos demais. Até porque, segundo o STF, a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo, com a consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não era o caso.

Observa-se que na ADPF nº 132, o preceito violado foi a omissão do constituinte em tutelar as entidades familiares homoafetivas, o que mereceu pronta e corretíssima amplitude normativa pelo STF, em prol dos valores tutelados na Constituição.

Em continuação, merece destaque a ADPF nº 187, de relatoria do ministro Celso de Mello, qual tinha como objetivo principal a liberação para a realização do evento “marcha da maconha”, forma de manifestação pública não violenta de pessoas que defendiam, dentre outras bandeiras, a descriminalização do uso da droga.

Em consequência, o preceito fundamental violado foi o direito de reunião, livre manifestação do pensamento, pluralismo político e o direito à liberdade. O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de não conhecimento da arguição, assim como julgou procedente a ADPF nº 187 para dar ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme a Constituição, de forma vinculante, com o intuito de excluir qualquer interpretação que potencialize a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou qualquer outro narcótico.

Já a ADPF nº 461, a qual possuiu como relator o ministro Roberto Barroso, tinha na época o objetivo de declarar inconstitucional lei municipal que vedava o ensinamento sobre gênero e orientação sexual em escolas, com fulcro no art. 22 da CF, que prevê ser competência privativa da União legislar sobre a base da educação brasileira, conforme previsto no art. 22, inciso XXIV. Referida ADPF identificou como preceito fundamental violado a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, assim como o direito à igualdade, vedação à censura em atividades culturais, devido processo legal administrativo e laicidade do Estado.

Assim sendo, o Tribunal, por unanimidade, julgou o pedido procedente, declarando inconstitucional o art. 3º, inciso X, da Lei nº 3.468/2015, especificamente na parte que traz a vedação do ensino sobre gênero e orientação sexual, assim:

Direito à educação. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei municipal que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual, bem como a utilização desses termos nas escolas. Procedência do pedido. 1. Violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF/88, art. 22, XXIV), bem como à competência deste mesmo ente para estabelecer normas gerais em matéria de educação (CF/88, art. 24, IX). Inobservância dos limites da competência normativa suplementar municipal (CF/88, art.

30, II). 2. Supressão de domínio do saber do universo escolar. Desrespeito ao direito à educação com o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição. Dever do Estado de assegurar um ensino plural, que prepare os indivíduos para a vida em sociedade. Violação à liberdade de ensinar e de aprender (CF/88, arts. 205, art. 206, II, III, V, e art. 214). 3. Comprometimento do papel transformador da educação. Utilização do aparato estatal para manter grupos minoritários em condição de invisibilidade e inferioridade. Violação do direito de todos os indivíduos à igual consideração e respeito e perpetuação de estigmas (CF/88, art. 1º, III, e art. 5º). 4. Violação ao princípio da proteção integral. Importância da educação sobre diversidade sexual para crianças, adolescentes e jovens. Indivíduos especialmente vulneráveis que podem desenvolver identidades de gênero e orientação sexual divergentes do padrão culturalmente naturalizado. Dever do estado de mantê-los a salvo de toda forma de discriminação e opressão. Regime constitucional especialmente protetivo (CF/88, art. 227). 5. Declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, X, da Lei 3.468/2015. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. (ADPF 461, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 21-09-2020 PUBLIC 22-09-2020).

Digna de nota se revela também a ADPF nº 708, que questiona o bloqueio sobre o chamado “Fundo Clima” e a paralisação do órgão, trazendo importante frente de discussão judicial sobre a crise ambiental brasileira nos dias que correm. Na presente data, ela ainda está pendente de julgamento.

Referida ADPF tem como escopo a análise sobre decisão do Poder Executivo federal, que, por meio do Ministério do Meio Ambiente, alterou a composição do comitê gestor do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, o “Fundo Clima”, que existe desde 2009 e é o principal órgão do país no enfrentamento ao aquecimento global. Tem-se que a medida política limitou a participação da comunidade científica e da sociedade civil no órgão e provocou a paralisação de suas atividades. O governo federal também teria travado o financiamento de projetos e não executou a maior parte de seu orçamento, que deriva de royalties de petróleo e empréstimos a juros especiais outorgados pelo BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento).

A escolha adotada pelo Executivo foi questionada no STF, por meio da ADO nº 60, mas o relator do caso, o ministro Luís Roberto Barroso, determinou que fosse recebida como ADPF. Pela importância, cita-se:

No Relatório da decisão, o Ministro Barroso indicou quais seriam os atos comissivos e omissivos apontados na exordial pelos requerentes. Em apertada síntese, os atos comissivos seriam: (i) a redução dos orçamentos e dotações relacionadas ao controle do desmatamento e ao fomento de formas sustentáveis de produção; (ii) o licenciamento de obras de infraestrutura, sem adequada avaliação de impacto; (iii) a desestruturação dos órgãos ambientais federais; (iv) o esvaziamento das atribuições do Ministério do Meio Ambiente; (v) a nomeação para cargos importantes de pessoas sem afinidade com a área ambiental; (vi) orientação pública para cessação da demarcação de Terras Indígenas; além de (vii) cortes orçamentários na política ambiental ainda maiores do que os que vinham ocorrendo no passado (MOURA, V. S.; FREITAS J.V, página 10).

Já os atos omissivos praticados e objeto da ADPF seriam: (i) a falta de reuniões do comitê gestor do Fundo, mantido inoperante durante todo o ano de 2019; (ii) a não aprovação do Plano Anual de Aplicação de Recursos, quer para 2019, quer para 2020; (iii) a manutenção de “vultosos recursos em caixa” com a rubrica específica de financiar ações voltadas à mitigação de emergências climáticas.

No que respeita ao último ponto, os requerentes da ADPF alegaram que havia autorização orçamentária para aplicação de R\$ 8.050.000,00 não reembolsáveis para tal fim, tendo sido empenhados apenas R\$ 718.074,00, bem como de mais 543 milhões de reais reembolsáveis, dos quais foram empenhados apenas 348 milhões de reais, cujo direcionamento ao BNDES, todavia, não se concretizou. Ainda segundo os requerentes, o demonstrativo de movimentação financeira do “Fundo Clima” do ano de 2019 apontaria um saldo disponível de R\$ 250.074.000,00.

Contextualizando e analisando o relevantíssimo papel dos fundos ambientais para a correta proteção da tutela ambiental – notadamente para a compensação de degradações já efetivadas, ainda que num contexto de tutela do direito fundamental social à moradia –, destaca-se:

O art. 11, § 2º, da Lei nº 13.465 pode apontar um meio termo: “[...] hipótese na qual se torna obrigatória a elaboração de estudos técnicos que justifiquem as melhorias ambientais em relação à situação anterior, inclusive por meio de compensações ambientais, quando for o caso”. Os beneficiários, portanto, teriam de se comprometer a promover compensações ambientais, preferencialmente, por meio de obrigações de fazer para recuperar a área degradada, bem como em outras áreas apontadas pelo Poder Público para que a população também possa colher alguns benefícios mais diretos. Uma indenização em pecúnia para um fundo ambiental também é possível para complementar as exigências para compensação ambiental, o importante, no geral, é aproveitar as condições financeiras dos beneficiários para garantir a preservação/recuperação do meio ambiente de forma contundente para, ao final, não aparentar que houve uma escusa à aplicação das leis de proteção ambiental em troca de alguns valores (FARIAS, TALDEN; VINÍCIUS SALOMÃO DE AQUINO. Regularização fundiária e direito à moradia em Áreas de Preservação Permanente na Lei 13.465/2017. Revista Internacional de Direito Ambiental - vol. IX - nº 25 - janeiro-abril de 2020, pág. 305).

Vê-se claramente a importância da ADPF nº 708, pois o esvaziamento do chamado “Fundo Clima” representará, em última análise, a diminuição de recursos financeiros destinados à implementação de reparação ambiental e outras boas práticas ambientais, *v.g.*, educação em direitos de cunho socioambiental nas escolas, comunidades ribeirinhas, população em geral, dentre outras. O preceito fundamental violado, dessa feita, para além de uma previsão orçamentária, é a garantia de suporte financeiro para a preservação e recuperação do meio ambiente, conforme extrai-se dos princípios insculpidos no artigo 225 da CF.

Por fim, destaca-se a ADPF nº 486, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, a qual também ainda está em trâmite. Tendo em vista a urgência do assunto, foi concedida liminar no dia 10/10/2017, que determinou a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas pelos juízos vinculados ao TRT da 4ª Região relacionados às conclusões de negociações coletivas, tendo como preceito fundamental violado o princípio republicano, a separação dos Poderes e a legalidade.

Portanto, frente à análise das ADPFs trazidas acima, o que se pode perceber é um amplo exercício jurisdicional que possa justificar tamanha normatividade de direitos constitucionais. Diante das mais variadas cláusulas abertas e indeterminadas da Constituição Federal, os preceitos fundamentais, inclusive difuso-socioambientais, precisam ser incorporados à luz dos elementos que ali são debatidos.

Possível perceber que quando a carga axiológica de um princípio fundamental é ampla, tende este a ser corriqueiro como fundamento à propositura da arguição, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a interpretação para um claro sentido jurídico carrega um caráter subjetivo e abre para valorações do intérprete do Judiciário.

No que tange ao Poder Judiciário exercer funções atípicas e romper com as premissas da separação dos Poderes, proposta por Montesquieu, Barroso (2008) aponta que a Suprema Corte possui legitimidade para atuar como um fórum de princípios, velando pela democracia e pelos direitos fundamentais, visto que a conservação dos direitos fundamentais, mesmo contra alguns interesses, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Dessa forma, a intervenção do Poder Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O considerável acréscimo democrático inserido na Constituição Federal de 1988 não foi por acaso, o que resultou em um país fundado em um cenário rodeado de princípios e valores que permeiam um ideal de soberania popular.

Relevando que o intuito da democracia é o atendimento da vontade do povo – por meio direto ou por seus representantes –, justo é afirmar que as mais variadas decisões nos cenários políticos, econômicos e sociais ganham cotidianamente certo peso de influência. Rege-se, então, um Estado Democrático delimitado e protegido pelo direito.

Balizado no contexto do Supremo Tribunal Federal em seu controle de constitucionalidade, o objetivo deste estudo foi compreender se as carac-

terísticas do conceito de preceito fundamental, aplicadas nas fundamentações dos votos dos ministros nas decisões das ADPFs, poderiam dar ensejo ao instituto da judicialização da política.

Princípios como o da dignidade da pessoa humana, do direito à vida privada, de sociedade justa, do direito à liberdade, dentre outros, sendo alicerces na fundamentação de voto, mesmo que essa interpretação seja a que mantenha a essência da Constituição, possibilitam ao magistrado ampliar o arcabouço normativo e estendê-lo a inúmeras apreciações nas ADPFs, conforme foi exposto no decorrer do trabalho.

Portanto, nota-se que a interpretação de uma normatização constitucional sempre irá implicar um certo grau de discricionariedade e de criatividade, e as fundamentações dos ministros nas apreciações das ADPFs, quanto aos preceitos fundamentais, apontam visível caracterização da judicialização da política.

Para assegurar os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da autonomia, da liberdade, dentre outros, foi necessário atribuir uma resposta judicial para algo que envolve questões de cunho moral, religioso, científico e que não comporta uma única resposta, sendo que a apreciação da matéria sequer passou pelo Congresso Nacional.

Determinada parcela da população encontra-se em pé de desigualdade, como é o caso das minorias, e o alcance de seus direitos fundamentais, por muitas vezes, é barrado ou inatingível pela via do Poder Legislativo, seja pela morosidade ou pela sobreposição frente aos interesses da maioria. Dessa forma, ignora-se a produção legislativa e apela-se ao Poder Judiciário para que, de forma mais rápida, atenda a determinada demanda minoritária, como se observou na ADPF nº 132, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Mais uma vez, a judicialização da política adentrou na tentativa de efetivação de direitos fundamentais, seguindo a consequência da abrangência de preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

É inegável que a judicialização da política também se refere a um novo estatuto dos direitos fundamentais como escudo da proteção constitucional. Diante do exposto, difícil imaginar que em épocas anteriores

à Constituição Cidadã, uma corte iria defender o direito à liberdade e ao pensamento na apreciação de uma ADPF para liberar um evento intitulado “marcha da maconha”. Indaga-se sobre tal demanda ter força para debates, levando em consideração sua suposta força para debates e aprovação em uma Casa Legislativa, visto a discrepância de posicionamentos das frentes.

Portanto, é possível concluir que, com a amplitude das hipóteses demonstradas quanto à aplicação e a não taxatividade do conceito de preceito fundamental, o fenômeno da judicialização da política enseja nas apreciações das ADPFs no Supremo Tribunal Federal decisões que objetivam preencher ou dar o norte interpretativo para direitos e garantias fundamentais das mais várias espécies. Nota-se concretamente que, mesmo diante de possíveis abalos num sistema econômico, político e social, a corte tende a resguardar os direitos e garantias fundamentais (cunhados e identificados como “preceitos fundamentais”), não se furtando a desempenhar seu mister constitucional.

Em um sistema democrático, o conceito de preceito fundamental será objeto de disputa, e o que se tem observado, no que se refere às decisões judiciais dotadas por uma judicialização da política, são tendências ao acolhimento de demandas para com os novos direitos difusos e coletivos, notadamente socioambientais, bem como a transferência de poder ao STF, atinentes a questões antes resolvidas por outras esferas ou Poderes.

Tal relevância, vista pelos âmbitos políticos, econômicos e sociais, somada à amplitude do conceito de preceito fundamental, pode proporcionar o fenômeno da judicialização da política no STF, em razão de o guardião da Constituição ter o dever de proteger e promover os direitos fundamentais, em defesa dos valores estruturantes bem previstos na Constituição Federal de 1988.

Por fim, conclui-se, ante os julgados acima colacionados, que o STF assumiu uma posição firme no que se refere à proteção aos preceitos fundamentais, apontando a uma também posição política, pois é compreensível que a judicialização da política, talvez, não tenha sido uma escolha do Poder Judiciário, mas sim oriunda do modelo institucional vigente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, L. R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Migalhas, 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivoartigo/art20090130-01.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito - UERJ, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em 24 set. 2020.

BARROSO, L. R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Bancada dos Partidos Políticos. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/bancada.asp>>. Acesso em 24 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 21ª ed. Marcos Antônio Oliveira Fernandes, organização. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 24 set. 2020.

CAPPELLETTI, M. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CASTRO, M. F. Dívida externa, globalização da economia e direitos humanos. Arquivos do Ministério da Justiça, 184, ano 47, jul./dez. 1994, p. 125-44.

CITTADINO, G. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes. 2002.

ELÓI, A. L. V.; TEIXEIRA, P. E. O. Judicialização da Política: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil. *Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro*, nº 10. Minas Gerais, 2014.

FARIAS, TALDEN; VINÍCIUS SALOMÃO DE AQUINO. Regularização fundiária e direito à moradia em Áreas de Preservação Permanente na Lei 13.465/2017. *Revista Internacional de Direito Ambiental - vol. IX - nº 25 - janeiro-abril de 2020*.

FENSTERSEIFER, TIAGO. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos sociais necessitados*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FENSTERSEIFER, TIAGO. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/10887/estado-socioambiental-de-direito-e-o-principio-da-solidariedade-como-seu-marco-juridico-constitucional#:~:text=O%20Estado%20Socioambiental%20de%20Direito,social%20de%20forma%20ambientalmente%20sustent%C3%A1vel.> >. Acesso em 02 fev. 2022.

FORNASIER, MATEUS DE OLIVEIRA; KNEBEL, NORBERTO MILTON PAIVA. Transnacionalização da política urbana no Brasil: do interesse local dos municípios no planejamento urbano à agenda global. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 11, n. 3. Caxias do Sul, set/dez, 2021.

KACELNIK, C. *O Controle de Constitucionalidade e o Ativismo Judicial*. Tese (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.pucRio.br/14279/14279.PDF>>. Acesso em 24 set. 2020.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. - São Paulo, 1998.

KOERNER, A. *A história do direito como recurso e objetivo de pesquisa*. *Diálogos*, Maringá, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/Dialogos/article/view/36151>>. Acesso em 24 set. 2020.

MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: Duas análises. São Paulo: Scielo, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>>. Acesso em 24 set. 2020.

MARIANO SILVA, J. Crítica da judicialização da política (Tese Mestrado) Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/303316129_Critica_da_judicializacao_da_politica>. Acesso em 24 set. 2020.

MENDES, G. F. Caderno de Direito Constitucional: Modulo V - Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOURA, VANESSA DOS SANTOS; FREITAS, JOSÉ VICENTE DE. A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 708/DF e o questionamento da gestão governamental relativamente ao Fundo Nacional sobre mudança do clima (Fundo Clima): um panorama da audiência pública à luz da educação ambiental crítica. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/ambeduc/article/view/12244>>. Acesso em 1º mar 2022.

ROSA JÚNIOR, F. O problema da judicialização da política e da politização do Judiciário no sistema brasileiro. Rio Grande; Âmbito Jurídico, 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3164>. Acesso em 24 set. 2020.

SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, 1996. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em 24 set. 2020.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, G. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, I. W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, I. W. Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza / Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, JAILTON JOSÉ DA. Uma questão ambiental. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.8. n.02. fev. 2022.

STRECK, L. L. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº. 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 07/12/2005. Publicado em 27/10/2006. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96304/false>>. Acesso em 24 set. 2020.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº. 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 29/04/2013. Publicado em 30/04/2013. Disponível em:< <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em 24 set. 2020.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº. 101. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 24/06/2012. Publicado em 04/06/2012. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur210078/false>>. Acesso em 24 set. 2020.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº.130. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em 30/04/2009. Publicado em 06/11/2009. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>>. Acesso em 24 set. 2020.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº. 132. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Publicado em 14/10/2011. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false> >. Acesso em 24 set. 2020.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº.187. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 15/06/2011. Publicado

em 29/05/2014. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur265858/false> >. Acesso em 24 set. 2020.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº. 461. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 25/08/2020. Publicado em 22/09/2020. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432151/false> >. Acesso em 24 set. 2020.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº. 486. Relator: Min. Gilmar Mendes. Em trâmite. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5282996>>. Acesso em 24 set. 2020.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (ores.). (1995), *The global expansion of judicial power*. New York, New York University Press.

TOCQUEVILLE, A. *De La démocratie en Amérique I*. 13. ed. *Publication em version numérique* par Jean-Marie Tremblay. Chicoutimi, Canada: 2002.

VALLINDER, T. “*When the Courts Go Marching In*”, in: N. Tate e T. Vallinder, T. (orgs.), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University Press, 1995.

VIEIRA, O. V. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIANNA, L. W. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

PODER DISCIPLINAR E DIREITO PENAL SECUNDÁRIO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DO ESTADO À LUZ DA TEORIA DO JOGO COMO ELEMENTO DA CULTURA

Divo Augusto Pereira Alexandre Cavadas

Advogado e consultor. Professor da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Procurador do Município de Goiânia (GO). Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Comendador pela Associação Brasileira de Liderança.

Submetido em: 17/08/2022

Aprovado em: 23/08/2022 e 25/08/2022

RESUMO: O tema da presente investigação envolve as relações entre a teoria do jogo como elemento da cultura, do historiador holandês Johan Huizinga, e o Estado como modelo de sociedade organizada humana a partir da Idade Moderna, à luz da aplicação da teoria do Direito Penal Secundário, proposta pelo jurista lusitano Jorge de Figueiredo Dias, e sua incidência no exercício dos poderes administrativos hierárquico e disciplinar, em especial quanto ao último, diante da necessidade de prévio procedimento administrativo disciplinar na aplicação de sanções por faltas funcionais na burocracia estatal. A hipótese a ser comprovada é de que a teoria do jogo como elemento da cultura deve ser interpretada, nos limites do Estado Democrático de Direito, como desenvolvimento último do processo civilizador tardio das sociedades ocidentais, no fim do século XX. A metodologia aplicada envolve pesquisa exploratória e qualitativa, de natureza dedutiva e baseada em levantamento bibliográfico no Direito, na História e na Filosofia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal, Direito Administrativo, História, Filosofia, Estado, Jogo.

ABSTRACT: The theme of this investigation involves the relationship between the theory of game as an element of culture, by the Dutch historian Johan Huizinga, and the State as a model of organized human society from the Modern Age, in light of the application of the theory of secondary Criminal Law proposed by the Portuguese jurist Jorge de Figueiredo Dias and its impact on the exercise of hierarchical and disciplinary administrative powers, especially regarding the latter given the need for prior administrative disciplinary procedure in the application of sanctions for functional failures in the state bureaucracy. The hypothesis to be proved is that the theory of game as an element of culture should be interpreted within the limits of the Democratic State of Law as the ultimate development of the late civilizing process of Western societies, at the end of the 20th century. The applied methodology involves exploratory and qualitative research, deductive and based on a bibliographic survey in Law, History and Philosophy.

KEYWORDS: Criminal Law, Administrative Law, History, Philosophy, State, Game.

1 PROLEGÔMENOS

As civilizações humanas, desde priscas eras, buscam meios para solucionar as naturais controvérsias existentes nas relações interpessoais. A Filosofia Clássica, na lavra de Aristóteles (384-322 AEC¹), já afirmava que o homem é um “animal político”, e, como tal, a sua conformação em torno de sociedades organizadas é inerente à condição que ostenta frente aos demais animais da Terra, ditos irracionais.

Todavia, o que separa os homens dos animais? A cultura? A sua estrutura biológica, consistente num cérebro e sistema nervoso mais desenvol-

¹ Opta-se pelo uso das siglas AEC (Antes da Era Comum) e EC (Era Comum) em vez das tradicionais a.C. (antes de Cristo) e d.C. (depois de Cristo), em apreço a um perfil laico de pesquisa no âmbito das Ciências Humanas e Sociais Aplicadas (Humanidades).

vidos? Ou algo mais singelo poderia ser considerado um divisor e, simultaneamente, um elo entre os seres humanos em sua visível racionalidade e os demais animais?

Além disso, em especial a partir da Baixa Idade Média, os seres humanos encontraram na formação dos Estados nacionais um ente abstrato que seria capaz de conjugar seus anseios por uma organização social mais desenvolvida, cercada por regras de convivência e, também, de institucionalização do exercício do poder político, que já se afigurava desde a formação das cidades-estado na Antiguidade Clássica, com destaque para as experiências grega e romana.

Ora, a formação de Estados nacionais pressupôs o desenvolvimento de uma burocracia que pudesse elaborar as regras de convivência necessárias para a solução de controvérsias entre os seres humanos, bem como apreciar e julgar semelhantes controvérsias, além de fazer executar as leis criadas, especialmente a partir do nascente fenômeno do constitucionalismo, característico do crepúsculo da Idade Moderna. Nesse sentido, a teoria da divisão funcional do poder, proposta por Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu (1689-1755 EC), trouxe novas luzes ao debate e ao processo civilizador ocidental, sem prejuízo das demais formas de organização social exitosas noutras partes do mundo².

Os “Poderes” Executivo, Legislativo e Judiciário são compostos, pois, de funcionários públicos submetidos ao píncaro da supremacia do interesse público, típico da forma de atuação do Estado desde sua potencial origem na Baixa Idade Média³. Ao longo dos anos, em especial na realidade brasileira, com a concessão de maior independência às funções jurisdicional e

2 Nesse desiderato, não se olvida da existência doutras conformações sociais aptas à organização das relações interpessoais, existentes tanto no Oriente quanto em sociedades tribais ocidentais e orientais, haja vista que o estudo antropológico e etnológico contemporâneo já permitiu a crítica à perspectiva intelectual de outrora, arraigada em etnocentrismos que proporcionaram lamentáveis conclusões e ensinaram, inclusive, a ascensão do determinismo biológico na virada do século XIX para o século XX, que resultou no fundamento intelectual da barbárie nazifascista. Logo, este estudo alinha-se à ótica predominante do século XXI, que inclusive traz poderosa crítica ao conceito de “processo civilizador” – não rejeitando, contudo, a expressão, em apreço à sua importância na História das Ideias, especialmente no âmbito das Humanidades.

3 Considera-se para os fins deste estudo como marco temporal para a formação dos Estados nacionais no Ocidente a centralização do poder político ocorrida em Portugal após a Revolução de Avis (1383-1385 EC), seguida por desdobramentos semelhantes noutras regiões da Europa continental, resultando no absolutismo monárquico como conformação estatal predominante nos séculos seguintes.

legiferante, que não a simplesmente orçamentária, os funcionários públicos jungidos à função executiva tornaram-se, segundo sustentado neste estudo, mais sujeitos aos poderes hierárquico e disciplinar⁴.

É nesse contexto que se insere a presente investigação. A teoria histórica desenvolvida por Johan Huizinga (1872-1945 EC), insigne historiador e linguista holandês, especialmente em sua obra de 1938 intitulada “*Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura*” (cf. HUIZINGA, 2019), sustenta-se, é apta a conferir fundamento sócio-histórico à efetividade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como à incidência dos poderes administrativos hierárquico e disciplinar nas relações funcionais travadas entre o ente estatal abstrato e sua burocracia.

Logo, o tema da pesquisa que resultou no presente estudo envolve a relação entre a teoria histórica de Huizinga acerca do jogo como elemento da cultura e as regras inerentes à estrutura interna dos Estados nacionais de perfil ocidental, que aplicam em diversos graus os poderes administrativos hierárquico e disciplinar a seus funcionários públicos, especialmente diante da prática de infrações funcionais e crimes contra a administração pública (os últimos ensejadores tanto de responsabilidade administrativa quanto penal, diante da independência de instâncias que caracteriza o Direito Penal Secundário no Brasil).

Nesse sentido, ensaja-se contribuir para o estudo do referido Direito Penal Secundário, cuja denominação oriunda do português lusitano não possui semântica idêntica àquela comum ao português brasileiro, que associa “secundário” à ideia de algo subsidiário, de segunda ordem. Ao contrário, o Direito Penal secundário visa ao estudo de atos ilícitos que repercutem em bens jurídicos transindividuais caros à administração pública – o que, por consequência, amplia o espectro de influência do Direito Penal no mundo

4 No Brasil pós-Constituição de 1988, verifica-se tal fenômeno em decisões da Suprema Corte que evidenciam a não extensão da prerrogativa de independência funcional aos membros da Advocacia Pública, justamente sob o fundamento de seu suposto maior alinhamento qualificado ao Poder Executivo, resultando em parcialidade no seu agir administrativo (cf. STF, ADI nº 1246, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 11/4/2019), ensejando, por natural consequência interpretativa, em maior incidência dos poderes hierárquico e disciplinar do Estado sobre os funcionários públicos que integram a estrutura própria e direta do Poder Executivo, o que revela grave distorção na estrutura burocrática das funções estatais.

fenomênico sem perda do rigor característico da aplicação do princípio da intervenção mínima, um de seus principais baluartes.

O objetivo geral deste estudo é o de fundamentar a efetividade do poder disciplinar do Estado e seu principal instrumento de aplicação (procedimento administrativo disciplinar) à luz da teoria histórica de Huizinga, na medida em que as regras materiais e procedimentais de aplicação das sanções funcionais à burocracia estatal encontram azo, assim como o próprio ente estatal, na noção de jogo como elemento da cultura.

Os objetivos específicos, por sua vez, são os de apresentar a importância do regime de interdisciplinaridade no estudo da dogmática jurídica criminal, em especial sob um recorte geográfico brasileiro, bem como contribuir ao desenvolvimento, no Brasil, dos estudos sobre o Direito Penal Secundário, teoria desenvolvida potencialmente por Jorge de Figueiredo Dias à luz do repertório teórico proporcionado pela compreensão da Ciência Total do Direito Penal (cf. DIAS, 2007).

Conforme relatado, o recorte lógico da pesquisa envolve a relação entre o exercício do poder disciplinar do Estado, o Direito Penal Secundário e a teoria histórica de Huizinga sobre o jogo como elemento da cultura – abeberando-se das interpretações contemporâneas de sua obra (cf. CAR-NIO, 2021). Seu recorte geográfico envolverá o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que a temática segue dotada de relativo ineditismo. Enfim, o recorte temporal envolverá o período pós-século XXI, haja vista o recente desenvolvimento legal, doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria no Brasil, tanto no âmbito do Direito Penal Secundário quanto do Direito Administrativo Sancionador (reconhecido no Brasil e oriundo de ótica própria da matéria na doutrina comparada espanhola).

A problematização desdobrada no presente estudo envolve as seguintes indagações: é possível estabelecer uma relação entre a teoria histórica de Huizinga sobre o jogo como elemento da cultura e a observância de regras inerentes ao exercício do poder administrativo disciplinar do Estado, especialmente na prática de atos que repercutam na esfera funcional e criminal? O Direito Penal Secundário, como manifestação da disciplina jurídica dos crimes funcionais próprios, possui guarida no

ordenamento jurídico brasileiro ou é apenas uma parte desprovida de autonomia do próprio Direito Criminal?

A hipótese a ser comprovada é a de que o jogo como elemento da cultura fundamenta tanto a existência dos Estados nacionais como entes abstratos quanto à observância natural (bem como a ausência de contrapontos quanto à coercibilidade das medidas nas hipóteses de descumprimento) das regras atinentes ao exercício do poder administrativo disciplinar exercido sobre os membros da burocracia estatal, mormente quanto à aplicação do Direito Penal Secundário e do Direito Administrativo Sancionador no Brasil.

O referencial teórico aplicado na pesquisa que ensejou esta investigação envolve a teoria do Direito Penal Secundário, capitaneada na doutrina comparada lusitana por Jorge de Figueiredo Dias (cf. RIBEIRO, 2015), bem como as considerações sobre a matéria empreendidas no Brasil por Luiz Regis Prado – tanto em âmbito geral (cf. PRADO, 2019, 2021a) quanto no especial âmbito dos crimes econômicos (cf. PRADO, 2021b).

Enfim, a metodologia aplicada ao presente estudo envolveu pesquisa exploratória e qualitativa, sob uma perspectiva dedutiva e calcada no levantamento bibliográfico de obras relacionadas ao recorte lógico temático, especialmente ligadas à Historiografia, à Teoria Geral do Direito, à Filosofia Jurídica, ao Direito Penal e ao Direito Administrativo.

2 O ESTADO: CONCEITO E REGIME DE HISTORICIDADE

Em proêmio, sustenta-se que a teoria de Huizinga viabiliza um fundamento sócio-histórico ao Estado como ente abstrato caracterizado pela institucionalização do exercício do poder político, o que enseja tanto a manifestação da supremacia do interesse público sobre o privado como um de seus cânones (cf. MELLO, 2010) quanto à efetividade dos poderes administrativos hierárquico e disciplinar – este último estabelecido sob balizas procedimentais que remetem ao jogo como elemento da cultura.

O conceito de Estado, nesse sentido, constitui-se em premissa válida para que se possa compreender a efetividade dos poderes administrativos a ele inerentes, com destaque para o hierárquico e disciplinar. Torna-se pertinente escólio doutrinário da lavra de Acquaviva (2010, pp. 13-14), especial-

mente quanto à influência das sociedades organizadas na vida das pessoas, bem como o conceito de Estado norteado na institucionalização do poder:

[...] Houve época, conta-nos Fustel de Coulanges, em sua obra imortal *A Cidade Antiga* (Capítulo XVIII), que, na antiga Grécia, o Estado sufocava por inteiro a liberdade natural do indivíduo, a ponto de – em algumas cidades-Estado helênicas – os homens serem obrigados a deixar crescer a barba e as mulheres não poderem levar, em viagem, mais do que três vestidos. Em outras cidades, as mães, que recebiam os cadáveres dos filhos mortos em batalha, deviam mostrar alegria, mesmo forçada, pois, se chorassem, estariam cometendo crime contra o Estado. Modernamente, a exacerbação do poder do Estado se mostra cristalina e aterradora no delírio de dominação dos Estados fascista, na Itália, e nacional-socialista, ou nazista, na Alemanha, sem falarmos os horrores da ditadura totalitária do proletariado, na União Soviética, estalinista. [...] Seja como for, não podemos deixar de fazer algumas referências a tais definições, colhendo-as na seara do próprio Direito ou da Sociologia. Assim, Giorgio Del Vecchio define o Estado, do ponto de vista jurídico como “o sujeito da Ordem Jurídica, na qual se realiza a comunidade de vida de um povo” (*Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, p. 351-2). Para Georges Bourdeau, eminente publicista contemporâneo, o Estado se forma quando o poder torna-se uma instituição, não se confundindo mais com aquele que o encarna, mediante o fenômeno da *institucionalização do poder* (*Traité de science politique*, t. 2, p. 128). No plano da Sociologia, Oswald Spengler, citada por Paulo Bonavides, surpreende no Estado a História em repouso, e na História o Estado em marcha (*Ciência Política*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 52).

Nesse desiderato, considera-se para todos os fins no presente estudo que o Estado, tal como se conceitua, apenas completou sua formação na Baixa Idade Média (século XIV), uma vez que, nesse período, as sociedades organizadas ocidentais, estruturadas na forma de reinos e impérios, efetivamente centralizaram o poder político no organismo estatal, ainda que tenha se mantido o personalismo e o patrimonialismo de Estado pelos séculos seguintes, antes da efetiva ruptura causada pela Revolução Francesa (1789 EC), que de fato moldou a faceta dos Estados contemporâneos.

Logo, o conceito de Estado que ora se vindica (“sociedade organizada em torno da institucionalização do exercício do poder político, composta por povo, território, soberania e finalidades, tendo como sua principal finalidade o bem comum de seu povo”) é orientado por ideias apenas presentes a partir do Renascimento, com destaque para o jurista francês Jean Bodin (1530-1596 EC).

Nada obstante, acolhe-se entendimento de Ferreira Júnior, Guanabara e Jorge (2008, p. 33) quanto à importância deferida à *intelligentia* do período pós-iluminista na conformação das balizas do Estado moderno, na forma do excerto doutrinário abaixo, *in verbis*:

O Estado Moderno surgiu na segunda metade do século XV e o Estado absolutista ou absoluto foi a primeira forma que esse tipo de Estado adquiriu. Sua formação foi consequência de dois processos que ocorreram paralelamente: a concentração e a centralização do poder em um determinado território. O primeiro é o “processo pelo qual os poderes através dos quais se exerce a soberania [...] são atribuídos de direito pelos legistas e exercido de fato pelo rei e pelos funcionários dele diretamente dependentes” (BOBBIO, 2015: 115). O segundo é “o processo de eliminação ou de exaustoração de ordenamentos jurídicos inferiores, que apenas sobrevivem não mais como ordenamentos originários e autônomos, mas como ordenamentos derivados de uma autorização ou da tolerância do poder central” (BOBBIO, 2005: 115). As características do Estado absoluto, portanto, são: é um Estado forte e centralizado, o exercício da soberania do Estado em um determinado território e a distinção entre Estado e sociedade civil. De acordo com BOBBIO, autores alemães (Otto von GIERKE, Max WEBER, dentre outros) identificam entre o Estado feudal e o Estado absoluto ou absolutista um formato intermediário que eles denominaram de Estado estamental. BOBBIO define esse tipo de Estado “[...] organização política na qual se foram formando órgãos colegiados, os *Stände* ou estados, que reúnem indivíduos possuidores da mesma posição social, precisamente os estamentos, e enquanto tais fruidores de direitos e privilégios que fazem valer contra o detentor de poder soberano através das assembleias deliberantes como os parlamentos” (BOBBIO, 2005: 114). São os famosos contra-poderes de MONTESQUIEU.

Verifica-se, pois, que o Estado como ente abstrato marcado pela institucionalização do exercício do poder político é cercado por regras, para que se manifeste a incidência de sua força coercitiva, o que dialoga sobremaneira com a teoria histórica de Huizinga, na medida em que tais regras revelam, em sua mais primária estrutura, aquilo que simultaneamente aproxima e separa os seres humanos dos demais animais, o que civiliza ao mesmo tempo em que revela o mais profundo âmago dos homens: o jogo. Este, como elemento da cultura nos termos da principal teoria histórica desenvolvida por Huizinga, será o fio condutor da presente investigação.

3 O JOGO COMO FUNDAMENTO DO ESTADO E DO PODER DISCIPLINAR NOS LIMITES DO DIREITO PENAL SECUNDÁRIO

Johan Huizinga, eminente historiador holandês, teve sua obra influenciada por eventos de sua própria vida: iniciando-se no estudo da Linguística ao defender tese de doutorado sobre a Literatura Sânscrita, passa a nortear suas pesquisas em torno da História, ciência nascente na segunda metade do século XIX. Medievalista, redigiu festejada obra sobre a Baixa Idade Média, intitulada “O Outono da Idade Média: estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV” (1919), notabilizando-se no âmbito da História Cultural.

Como contemporâneo da virada do século XIX para o século XX, vivenciou a I Grande Guerra (1914-1918 EC) e a II Grande Guerra (1939-1945 EC). Conflituoso com a cultura de sua época na Europa continental, em especial com a ascensão do marxismo, do nacional-socialismo e da Psicanálise freudiana, rompeu relações com o amigo e historiador André Jolles, simpatizante do nazismo. Capturado pelos nazistas e preso pela Gestapo em 1942 após atrito com o professor nazista Johann von Leers⁵, faleceu semanas antes do término da II Grande Guerra.

5 O episódio ficou conhecido como “incidente von Leers”. Conta-se que Huizinga teria recusado hospitalidade acadêmica como reitor da Universidade de Leiden ao professor Johann von Leers, após ele ter publicado panfleto antissemita intitulado “A Exigência do Momento Presente: fora com os judeus!”, que apresentava lendas e informações falsas sobre o povo judeu como se verdades e fatos históricos fossem. Nada muito diferente dos lamentáveis incidentes também ocorridos a partir do término da segunda década do século XXI em várias partes do mundo, inclusive no Brasil, ligados à pós-verdade e às *fake news*, o que apenas confirma a máxima de que a história da humanidade é cíclica.

Logo, é possível afirmar que a teoria de Huizinga foi bastante influenciada por sua própria vida, como sói ocorrer com os grandes intelectuais. O arbítrio de um Estado governado por bárbaros trouxe à lume a teoria que notabilizou o historiador holandês como um expoente da História Cultural: o jogo como elemento da cultura, na medida em que se constitui como a conduta mais primitiva e instintiva do ser humano, parâmetro para a maioria dos fenômenos culturais, desde o Direito até a religião.

Interessante mencionar que, não obstante a veemente crítica de Huizinga à Psicanálise freudiana como repertório cultural nascente em seu período, sua teoria histórica curiosamente aproxima-se de tal saber, uma vez que aborda conduta enraizada no inconsciente humano⁶. Ainda assim, a compreensão de Huizinga acerca do jogo como elemento da cultura é própria e trouxe à sua obra renome, tanto em vida quanto, em especial, postumamente.

Segundo a teoria histórica de Huizinga, o jogo pode ser considerado a irracionalidade que nos traz racionalidade: introjetado em nosso inconsciente, é inafastável e caracteriza tanto a existência quanto a organização humana. Nesse sentido, pertinente escólio de sua lavra (HUIZINGA, 2019, pp. 4-5):

Como a realidade do jogo ultrapassa a esfera da vida humana, é impossível que tenha seu fundamento em qualquer elemento racional, pois nesse caso, limitar-se-ia à humanidade. A existência do jogo não está ligada a qualquer grau determinado de civilização, ou a qualquer concepção do universo. Todo ser pensante é capaz de entender à primeira vista que o jogo possui uma realidade autônoma, mesmo que sua língua não possua um termo geral capaz de defini-lo. A existência do jogo é inegável. É possível negar, se se quiser, quase todas as abstrações: a justiça, a beleza, a verdade, o bem, espírito, Deus. É possível negar-se a seriedade, mas não o jogo. Mas ao se reconhecer o jogo, se reconhece o espírito, pois o que quer que seja o jogo, ele não é algo material. Ultrapassa, mesmo no mundo animal, os limites

⁶ Afirma-se que as principais críticas de Huizinga à Psicanálise freudiana diziam respeito a supostas posições de tal saber que conflitavam com o cristianismo, por ele professado e que influenciara sua obra acadêmica calcada no medievalismo e na crítica à ideia enraizada no senso comum de que a Idade Média seria a "Idade das Trevas".

da realidade física. Do ponto de vista da concepção determinista, de um mundo regido pela ação de forças cegas, o jogo seria inteiramente supérfluo. Só se torna possível, pensável e compreensível quando a presença do espírito destrói o determinismo absoluto do cosmos. A própria existência do jogo é uma confirmação permanente da natureza supralógica da situação humana. Se os animais são capazes de brincar, é porque são alguma coisa mais do que simples seres mecânicos. Se brincamos e jogamos, e temos consciência disso, é porque somos mais do que simples seres racionais, pois o jogo é irracional.

Desde os “jogos” de guerra (cujo prêmio é a soberania de um Estado), regidos por normas jurídicas, até os “jogos” de fé (cujo prêmio é a salvação da alma imortal), regidos por regras morais existentes na maioria das religiões organizadas, o jogo é elemento fundamental da cultura, o que revela traços não apenas historiográficos na teoria proposta por Huizinga, mas principalmente filosóficos. Considera-se, neste estudo, pois, que Huizinga apresentou à comunidade acadêmica tese em sua obra alinhada tanto à História quanto à Filosofia.

As considerações de Carnio (2021, p. 157) à teoria desenvolvida por Huizinga tornam-se, pois, relevantes nesse momento, a fim de se promover um comprovar sua capilaridade no Direito, bem como a própria natureza muitas vezes jocosa deste, na medida em que se prende a paradigmas e interpretações do tempo presente deslocados da realidade social:

Precisamos explorar mais os conceitos de *jocus* e o *ludus* no direito, é tempo de brincarmos, fazermos troça, chiste, tal qual fez seriamente Jhering com suas críticas aos teóricos e filósofos do direito. Trazendo para o plano de nosso País, em que agora temos visto insistentemente um trabalho para a construção de uma “jurisprudência dos princípios” e de uma “teoria da decisão judicial” que merece mesmo troça –, pois o que impera ali é algo como o que ocorria no céu dos conceitos jurídicos e na Santíssima Trindade: somente os eleitos podem ver, já que, no fundo, o que se impõe é a questão de princípios, a questão dos princípios, que nada mais é do que a do principal, do soberano, do príncipe e do principado que mantém a estrutura da captura da nossa violenta racionalidade, aquela mesma que reverbera e sustenta, dentre outras falácias, um modo propriamente violento

que impõe o dualismo entre homem e animal e, portanto, daquele que impõe pelo direito e pela filosofia – essa muitas vezes tratada sem qualquer seriedade e rigor, o que o jogo também ensina – a metodologia do aprisionamento de si e dos outros, própria de um direito que não conhece (entre) o sério e o jocoso.

Na Ciência Jurídica⁷, logo, não é diferente. A existência do Estado como ente abstrato apto a promover a ordem social implica na imperiosa necessidade da vigência de normas jurídicas, dotadas de bilateralidade-atributiva, abstração, generalidade, imperatividade e coercibilidade (cf. REALE, 2002). Ademais, conforme supramencionado, o Estado brasileiro dispõe de determinados poderes administrativos conforme assentado em doutrina e jurisprudência.

Neste estudo, destacam-se dois desses poderes administrativos: o poder hierárquico e o poder disciplinar, que permitem inferir a possibilidade de acolhimento no Brasil da teoria do Direito Penal Secundário, da lavra do criminalista lusitano Jorge de Figueiredo Dias.

Reputa-se como mais preciso conceito de poder hierárquico e poder disciplinar aquele da pena do insigne jurista brasileiro Hely Lopes Meirelles (2016, pp. 137, 142 e 145), cujo escólio doutrinário acerca dos poderes administrativos em geral e do objeto desta investigação em específico segue, *in verbis*:

Para bem atender ao interesse público, a Administração é dotada de *poderes administrativos* – distintos dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas. Daí o serem considerados *poderes instrumentais*, diversamente dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos, porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional. [...] *Poder hierárquico* é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação

7 A presente investigação considera e sustenta a existência efetiva de uma Ciência Jurídica, sem olvidar da crítica realizada por parte dos jusfilósofos a tal conceito, na medida em que o Direito supostamente não reuniria determinados pressupostos a caracterizá-lo como ciência. A negação científica do Direito é bem desenvolvida na obra "Fundamentos da Sociologia do Direito" (1913), do jurista ucraniano Eugen Ehrlich (cf. EHRlich, 1986).

de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal. Poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas andam juntos, por serem os sustentáculos de toda organização administrativa. [...] *Poder disciplinar* é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.

O conceito dos poderes administrativos hierárquico e disciplinar no Direito brasileiro, pois, é ínsito ao estabelecimento de regras para o funcionamento e organicidade do Estado como ente abstrato criado para institucionalizar o exercício do poder político e promover o controle social das civilizações humanas a partir da Idade Moderna, em especial, sem prejuízo dos modelos de sociedades organizadas que o precederam.

Nesse sentido, a par de considerações que poderiam ultrapassar os lindes do presente estudo⁸, fato é que o jogo como elemento da cultura fundamenta a própria existência do Estado e, por via de consequência, dos mecanismos que garantem sua existência, como a sistemática dos poderes administrativos no Brasil, em particular, para esta investigação, os que estão sob apreciação.

A principal manifestação do poder disciplinar, especialmente quanto à punição de agentes públicos por infrações funcionais, remete ao procedimento administrativo disciplinar como condição inafastável para tanto, em apreço ao princípio constitucional do devido processo legal (Constituição do Brasil de 1988, art. 5º, LIV), aplicável aos procedimentos administrativos.

8 Ao longo da pesquisa que ensejou este estudo, numa ótica pessoal, por vezes a indagação sobre a finalidade do Estado permeou a minha mente. O Estado deveria existir? Ele é necessário? É uma abstração que impede os seres humanos de permanecer em estado de barbárie? As regras desse “jogo” nos separam dos animais? Mas, segundo a teoria de Huizinga, também nos aproximaríamos desses mesmos animais! Como justificar a violação proposital de normas jurídicas por espíritos livres que simplesmente sustentam o anarquismo ou outra ideologia que compreende pela impossibilidade de permanência da figura do Estado como veículo de controle social? Todavia, entendi que tais considerações poderiam tergiversar o norte metodológico desta investigação, pelo que as deixo consignadas, sem prejuízo doutros estudos futuros sobre a mesma matéria.

Segundo teoria propugnada pelo jurista lusitano Jorge de Figueiredo Dias, os crimes contra a administração pública, especialmente os de natureza funcional (praticados por funcionários públicos para fins penais nos termos do art. 327 do Código Penal Brasileiro – Decreto-lei Federal nº 2.848/1940), comporiam na esfera das penalidades administrativas categoria na ontologia jurídico-criminal denominada de “Direito Penal Secundário”. Pertinentes, nesse sentido, as considerações gerais de Ribeiro (2015, pp. 38-39) sobre a teoria do Direito Penal Secundário, em excerto que segue adiante:

Inicialmente, é preciso consignar que Figueiredo Dias entende que o direito penal secundário situa-se na mesma ordem jurídica do direito penal judicial, compondo a esfera jurídica legitimadora do exercício do *jus puniendi* pelo Estado. Assim, identifica-se nas duas esferas de intervenção punitiva a aplicação de penas, em que pese a natureza diferente que irão dar conforme próprios a cada uma dessas esferas de atuação penal. Dogmaticamente essa identidade ainda é pouco reconhecida, fruto do apego à superada dicotomia entre as ordens jurídica e administrativa. Nessa última ordem de intervenção estatal, é onde se situava o antigo direito penal policial, que seria sucedido, no final do século XIX, conforme assentado, no direito penal administrativo que o incorporaria. A imposição do princípio da legalidade ao Estado nesse período conduziu a ordem administrativa à ordem jurídica, pois agora também se vincularia às normas de direito material. Assim, embora já pareça superada a separação absoluta entre as ordens jurídicas e administrativas, as marcas que essa concepção imprime ainda hoje no ordenamento jurídico serão determinantes para a compreensão do estado da controvérsia. Pois é assentando-se nessa dicotomia que surge a concepção clássica de um direito penal como âmbito de proteção de bens jurídicos penais relevantes e indispensáveis à coesão da malha social e de natureza eminentemente sancionatória, em oposição a um direito administrativo, cuja proteção recairia sobre bens administrativos, e cuja ilicitude repousaria na desobediência às normas programáticas impostas pela Administração Pública com vista à realização dos fins do Estado.

A aplicação do Direito Penal Secundário para os fins deste estudo, nesses termos, não se confundem com a aplicação do Direito Administrativo Sancionador, conforme denominação oriunda da doutrina comparada espanhola: neste, há a incidência de normas eminentemente administrativas, com a mera influência dos princípios aplicáveis ao Direito Penal; na proposta de Jorge de Figueiredo Dias, ao contrário, o Direito Penal Secundário seria uma conformação nova em que normas penais e administrativas seriam aplicadas com sistematicidade própria, o que ensejaria uma nova percepção sobre o *jus puniendi* e as regras de seu controle à luz do Estado Democrático de Direito, visando a coibir o arbítrio característico da atuação do Estado sobre a vida dos indivíduos.

Verifica-se, pois, que o procedimentalismo na aplicação de sanções administrativas tal como ocorre na aplicação de sanções penais revela as regras de um jogo mantido entre os que representam o ente abstrato estatal e as pessoas comuns – ainda que eventualmente também integrem a estrutura do Estado, o que revelaria inclusive um jogo em segundo grau (tanto o que fundamenta o Estado em si quanto o que fundamenta a aplicação de punição por meio de procedimento administrativo disciplinar).

4 CONCLUSÃO

A presente investigação, crê-se, comprovou a hipótese de que o jogo como elemento da cultura, nos termos da teoria proposta pelo historiador holandês Johan Huizinga, tanto é apto a fundamentar a existência do Estado quanto a necessidade de se observar o princípio constitucional do devido processo legal na incidência de penalidades por faltas funcionais a funcionários públicos, na forma de prévio procedimento administrativo disciplinar.

As regras desses jogos (Estado e procedimento administrativo disciplinar), segundo crê-se, são aptas a conter o arbítrio e a barbárie, afastando-nos dos demais animais ditos irracionais por meio de conduta que deles nos aproxima. Daí o tirocínio e rara beleza na teoria de Huizinga, que fundamenta as civilizações humanas por meio de algo tão singelo quanto o jogo. Tal conclusão leva o estudioso muitas vezes à descrença na suposta

seriedade típica das solenidades que cercam o Estado, o que se coaduna com a biografia de Huizinga, que passou pela maior barbárie da história contemporânea ocidental: a ascensão e a queda do nacional-socialismo na Europa continental.

Por isso sustenta-se que é necessário cautela: o Estado existe, o devido processo legal também, e ambos se afiguram como sustentáculos das civilizações humanas, especialmente a partir da Idade Moderna. A crítica é válida, mas não pode ser convertida em iconoclastia, com a devida vênia às posições em sentido contrário, válidas à luz dum arcabouço teórico que negue a permanência do Estado como modelo de organização social humana.

Sob ótica pessoal, a teoria de Huizinga, aplicada às relações entre Estado e indivíduo, em meu sentir, deve ser interpretada à luz do repertório teórico que circunda a manifestação do Estado Democrático de Direito a partir do final do século XX, considerando ser tal modelo póstumo ao ilustre historiador holandês.

Esse novo modelo de Estado, segundo creio, enfim pacificou a controvérsia sobre a ingerência estatal na vida das pessoas (e de seus próprios agentes), ainda que a partir do século XXI tenha sofrido virulentos ataques de grupos que, crê-se, com ele não se encontram comprometidos, calcados em verdade no oportunismo e em falsas narrativas políticas que os aproximam do amplo conceito de fascismo propugnado pelo insigne filósofo italiano Umberto Eco (2018).

Logo, aliando-se a premissa do Estado Democrático de Direito à teoria do Direito Penal Secundário de Jorge de Figueiredo Dias – que compõe repertório teórico característico do movimento intelectual do minimalismo penal (cf. DIAS, 1998) –, a teoria do jogo como elemento da cultura de Huizinga toma dimensões certas numa compreensão jusfilosófica sobre o papel do Estado e sua atividade de repressão a infrações funcionais cometidas no seio de sua burocracia.

Torna-se mister, pois, que se envidem maiores esforços na elaboração de mecanismos de controle e limites ao *jus puniendi* estatal, visto que se reputa como direito potestativo que, apenas sob a batuta do Direito Penal (primário e, neste particular, secundário), dispõe de lindes que se coadunam

com a plena manifestação do Estado Democrático de Direito como modelo exitoso de sociedade organizada.

O homem, nesse desiderato, apenas concluiu seu processo civilizador em fins do século XX, com a adoção de tal modelo que garante a sociabilidade, o controle social e a proteção dos direitos humanos, tanto das maiores (inclusive eventuais) quanto das minorias historicamente subjugadas pela repressão estatal e opressão social. Relevante, pois, a sua permanência e rechaço às tentativas de alegada superação do modelo, oriundas hoje de uma nova conformação do fascismo, que lamentavelmente resiste.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Barueri: Manole, 2010.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Fronteiras do Direito**: análise da existência e crítica das formas jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral – questões fundamentais, a doutrina geral do crime. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social. *In*: Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Direito Penal Econômico e Europeu**: textos doutrinários. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 19-34.

ECO, Umberto. **O Fascismo Eterno**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2018.

FERREIRA JÚNIOR, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo. O Estado na Ordem Jurídica Internacional. *In*: GUERRA, Sidney [Coord.]. **Tratado de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, pp. 25-76.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**: o jogo como elemento da cultura. Tradução: João Paulo Monteiro e Newton Cunha. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

HUIZINGA, Johan. **O Outono da Idade Média**: estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV na França e nos Países Baixos. Tradução: Francis Petra Janssen. São Paulo: Penguin Books / Companhia das Letras, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. **Análise Crítica do Direito Penal Secundário**: investigação sobre a proposta de divisão do direito penal, à luz da dogmática e da política criminal. São Paulo: LiberArs, 2015.

O REGIME JURÍDICO DA E NA TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE

Felipe Bizinoto Soares de Pádua

Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (IDPSP) (2021-). Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional; em Direito Registral e Notarial; e em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB) (2019). Membro do grupo de pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), e membro do grupo de pesquisa Direito Privado no Século XXI, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogado.

Submetido em: 08/08/2022

Aprovado em: 22/08/2022 e 25/08/2022

RESUMO: A diferença de partes e terceiros é estudada na Teoria Geral do Direito. A aplicação dessas ideias aos contratos remete à teoria do terceiro cúmplice (no inadimplemento contratual), que atrai a responsabilidade civil de quem abusa de posição jurídica que causa o inadimplemento ou a ruptura contratual.

PALAVRAS-CHAVE: Incolumidade da esfera jurídica. Terceiro cúmplice. Oponibilidade jurídica. Relatividade dos efeitos jurídicos.

RIASSUNTO: La differenza tra parti e terzi è studiata dalla Teoria Generale del Diritto. L'applicazione di queste idee ai contratti rimette alla teoria del terzo complice (nell'inadempimento), che attrae la responsabilità civile di chi abusa di posizione giuridica che causa l'inadempimento o la rottura contrattuale.

PAROLE CHIAVE: Incolumità della sfera giuridica. Terzo complice. Oponibilità giuridica. Relatività degli effetti giuridici.

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2. O TERCEIRO: EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO. 3. O TERCEIRO CÚMPLICE. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A tendência gregária humana, natural ou não, reflete o perfil social humano. Apesar do criticável reducionismo, a sociedade é a união de diversos indivíduos, e o estágio atual – com referência na Antiguidade – demonstra que os seres humanos travam relações entre si e, também, com entidades ficcionais, as pessoas jurídicas e as entidades não personificadas. É sob a ótica de que tais relações são sociais por envolverem dois ou mais sujeitos que surge o fenômeno jurídico, a partir do famoso brocardo *ubi societas, ibi ius*. Se o Direito surge da e com a sociedade, seu específico objeto não é o todo, não se confunde, segundo Niklas Luhmann (2016, p. 11-49), com o ambiente (social), mas sim em disciplinar determinadas relações intersubjetivas.

Atendo-se, agora, ao fenômeno jurídico, importa destacar as visões de F. C. Pontes de Miranda (2012a, p. 19 e p. 59-67) e Giuseppe Lumia (1981, p. 35-38), que dissecam o Direito, mas o compreendem de forma total a partir da ideia de Direito como um ordenado de normas jurídicas voltadas a disciplinar certas relações intersubjetivas.

Sob a ótica da relação social tratada pelo Direito é que surgem três figuras, quais sejam: os figurantes, as partes ou polos da relação e os terceiros. A partir de tais sujeitos é que Vincenzo Roppo (2016, p. 613-614) leciona acerca da responsabilização civil pelo chamado “contato social”, que é o reconhecimento de que até as relações obrigacionais, que irradiam efeitos jurídicos para certos sujeitos (credor e devedor), estão situadas em um contexto mais amplo, em meio ao ambiente social e, conseqüentemente, podem afetar pessoas alheias às dos figurantes.

Em razão da ambientação das relações jurídicas na sociedade e, portanto, de que seus efeitos jurídicos podem afetar alguns, mas que o reflexo no mundo dos fatos pode afetar estranhos ao liame, é que surgem estudos no Direito sobre a figura do terceiro. Consoante exposição de Luciano de Camargo Penteadó (2007) e Antonio Junqueira de Azevedo (*in AZEVEDO*, 2004, p. 137-147), o âmbito contratual é fértil para os delineamentos do terceiro e para a identificação de regimes jurídicos aplicáveis contra ou a favor deles.

É justamente do Direito Contratual que este artigo extrai a chamada “teoria do terceiro cúmplice”. Não obstante o campo fértil ser o dos contratos, em que vigora a relatividade eficaz, o desenvolvimento será feito em dois graus de abstração. Em maior intensidade, buscar-se-á a definição do terceiro sob a ótica da Teoria Geral do Direito (TGD), eis que não são apenas as relações contratuais que podem tangenciar terceiros, mas toda e qualquer relação jurídica. Ato contínuo, em menor intensidade, os traçados feitos no item inicial serão levados para o campo contratual, com o delineamento da teoria do terceiro cúmplice, que será analisada, em última instância, sob as perspectivas do que é e de qual é o regime jurídico de responsabilização civil aplicável.

2. O TERCEIRO: EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO

Constatou-se em guisa introdutória que a identificação das figuras subjetivas (partes e terceiros) envolve o conceito de relação jurídica. Aqui irradiam três acepções de relação. Tomado sem acompanhamentos, o vocábulo “relação” deriva do latim *relatio + omis*, que compreende ação que envolve retorno. Isso serve de ponto de partida para que Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 193) e F. C. Pontes de Miranda (2012a, p. 199) definam “relação” como o modo de ser de um objeto em relação a outro.

Em um grau de maior detalhe, mas de abstração alta, existe a relação social, que consiste na forma como um agente social se comporta frente a outro agente social (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 199).

Como última noção, está a relação jurídica, que não se confunde com seu fato jurídico constitutivo, ou seja, relação jurídica é consequência da incidência normativa sobre certo fato – não necessariamente um fato negocial, mas fato que seja jurídico, que tem como consequência (= plano da eficácia) o surgimento de posições jurídicas subjetivas, *status* e relações jurídicas (HAICAL, 2020, p. 48-53; PENTEADO, 2007, p. 201-211).

A TGD debruçou-se sobre a figura da relação jurídica e depreendeu alguns elementos¹, cabendo destacar um deles: os sujeitos ou, melhor dizendo, os figurantes.

¹ Para melhor compreensão desses elementos, vide as obras de Marcel Edvar Simões (2021, p. 12 e ss.) e Manuel Augusto Domingues de Andrade (1987, p. 29 e ss.): em suma, toda relação jurídica tem figurantes, fato jurídico constitutivo, objeto e garantia.

De acordo com Marcel Edvar Simões (2021, p. 17-21) e Manuel A. Domingues de Andrade (1987, p. 29-34), o ordenamento jurídico atribui a certas entidades a aptidão basilar para ostentarem posições jurídicas subjetivas, definição que se amolda à de sujeito de direitos, cujas espécies são as pessoas, físicas ou jurídicas, que têm personalidade e, conseqüentemente, maior campo de posições jurídicas, e as entidades não personificadas, que têm uma esfera jurídica menor diante do fato de não terem personalidade. De forma mais precisa, os sujeitos de direito, figurantes ou não de uma relação, são centros de imputação jurídica.

É a partir da ideia de sujeito de direitos que se desenvolvem as ideias de figurantes e terceiros. Os primeiros são as partes, aqueles sujeitos que estão insertos ou no fato jurídico constitutivo (o negócio jurídico, p. ex.) ou em um dos polos da relação jurídica irradiada, enquanto os terceiros (tomados em um sentido amplo) são definidos por exclusão, isto é, são aqueles sujeitos de direitos que não constam nem no fato constitutivo nem em um dos polos da consequente relação (HAICAL, 2020, p. 52; PENTEADO, 2007, p. 43; ROPPO, 2016, p. 58).

A relevância da adoção metodológica entre figurantes e terceiros ganha exemplos. O primeiro envolve o Direito Processual Civil, lendo-se que não apenas a coisa julgada (art. 502 CPC/2015), mas também os efeitos da decisão de mérito afetam as partes, não prejudicando terceiros. E o caso de decisão condenatória que afeta bens sob posse ou domínio de quem não é parte em sentido processual viabiliza o manejo dos embargos de terceiro, com o intuito de proteger o bem efetivado ou potencialmente constricto (arts. 674 a 681 CPC/2015).

Sob a ótica da interação entre o Direito de Família e o Direito Contratual, Gustavo Haical (2020, p. 131) trata da autorização integrativa, citando como exemplo o teor do art. 1.647, I, do CCB/2002, que trata da necessidade do assentimento de um dos cônjuges para que o outro possa alienar ou gravar bens imóveis particulares. Um dos cônjuges é terceiro e tem a autorização integrativa como forma de controle prévio de interesses jurídicos próprios do autorizante (= cônjuge terceiro) ou do autorizado (= cônjuge figurante e titular do direito sobre imóvel a ser alienado ou gravado).

Como último exemplo, este serve de introdução à teoria do terceiro cúmplice. Apesar de não constar expressamente no Código Civil brasileiro de 2002, vigora o princípio da eficácia (específica) relativa dos contratos, ou seja, o contrato é lei tão somente entre as partes contratantes, não afetando terceiros. Apesar dos efeitos jurídicos serem específicos (= relatividade), o contrato é um negócio inserido no ambiente social e, portanto, todas as suas fases ocorrem em meio a muitas outras interações intersubjetivas, as quais podem ser afetadas pelo negócio contratual. É sob essa ótica que, baseada na doutrina francesa, Antonio Junqueira de Azevedo (*in* AZEVEDO, 2004, p. 142) e Roberta Mauro Medina Maia (2013, p. 160-162) diferenciam a oponibilidade *stricto sensu* (= eficácia genérica de reconhecimento social) da relatividade (= eficácia específica e visada pelos figurantes). Isso quer dizer que o fato de o contrato ter efeitos específicos entre os contratantes não significa que possa a relação ser sabotada por terceiros.

3. O TERCEIRO CÚMPLICE

A teoria do terceiro cúmplice tem seu desenvolvimento no âmbito contratual e diz respeito a situações nas quais sujeitos alheios aos figurantes, ao próprio negócio e à sua consequente relação exerce atos que, de alguma forma, violam a continuidade contratual. Acerca dessa hipótese, constam dois brocardos romanos que fundaram a ideia de que nenhum contrato pode atingir o patrimônio alheio: *res inter alios acta, neque nocet neque prodest* (a coisa pactuada entre outros nem aproveita nem beneficia), e *nemo alteri stipulare potest* (ninguém pode estipular para terceiro).

Apesar das referências acima terem suas fundações no modelo do *civil law*, a figura do terceiro cúmplice no inadimplemento remete ao sistema do *common law*, trazendo Deepa Varadarajan (2001, p. 735-760) e Bianca Gardella Tedeschi (2008, p. 10-11), que tratam da *tortious interference* a partir de caso ocorrido na Inglaterra do século XIX. Trata-se do *case Lumney vs. Gye* (1853), no qual a cantora Iohanna Wagner foi contratada com cláusula de exclusividade por Benjamin Lumley para se apresentar por três meses no *Her Majesty's Theatre*. No entanto, a cantora foi induzida a romper o contrato por Frederick Gye, do *Coventh Garden Theatre*, que prometeu re-

muneração superior àquela prevista no contrato com Lumley. Mesmo com uma decisão judicial de abstenção, a cantora, mais uma vez, foi induzida a cantar por Gye, o qual foi demandado por Lumley. No voto que capitaneou a decisão da corte – o voto de Lord Campbell –, constou que o caso envolveu delito econômico (*economic tort*), viabilizando que o lesado busque indenização contra terceiro que tenha interferido na execução contratual com outrem.

Algumas indagações surgem em relação ao terceiro sabotador: pode ele ser responsabilizado? Se sim, qual é o regime aplicável? Antes de ingressar nas respostas a tais perguntas, é necessário um esboço preliminar e mais amplo: o da incolumidade da esfera jurídica.

Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 98-99) define a incolumidade da esfera jurídica como a norma-princípio segundo a qual a ninguém é viabilizada a interferência na esfera jurídica de alguém sem que haja permissão por parte de quem a titulariza, ou do ordenamento jurídico. Karl Larenz (1978, p. 46-47) explica que a atribuição da esfera jurídica envolve o reconhecimento de que o titular é um centro de imputação jurídica, o que parte da norma da dignidade humana, eis que as posições jurídicas são instrumentos para a vida digna de quem as titulariza, e a injusta interferência em tal plêiade consiste, em última escala, na violação da própria dignidade.

Conecta-se à norma-princípio da incolumidade da esfera jurídica a já citada distinção entre oponibilidade e relatividade. Novamente remetendo a Antonio Junqueira de Azevedo (*in AZEVEDO*, 2004, p. 142) e Roberta Mauro Medina Maia (2013, p. 160-162), a oponibilidade *stricto sensu* consiste nos efeitos indiretos ou externos do ato, que irradia sua eficácia no sentido de reconhecer sua existência no meio social, enquanto a relatividade dos efeitos diz respeito aos chamados “efeitos diretos ou internos” do ato, que irradia sua eficácia específica e busca pelos envolvidos no ato. Aplicam-se tais premissas aos contratos pelo fato de que os seus efeitos específicos são circunscritos aos figurantes, enquanto os efeitos genéricos de respeito irradiam contra todos que sabem da existência daquela figura jurídica.

Sobre a oponibilidade e relatividade, que ficaram sintetizadas na chamada “tutela externa do crédito”, na I Jornada de Direito Civil do Conselho

da Justiça Federal houve o desenvolvimento do enunciado nº 21, que tratou do art. 421 do Código Civil de 2002: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

Outro fundamento surge para reforçar a ideia de oponibilidade acima. Trata-se da função social do contrato, que consta de forma implícita como preceito constitucional (principalmente, arts. 5º, XXIII, e 170, III), e explicitamente no Código Civil brasileiro (art. 421). Tal norma-princípio tem como ideia cerne a relevância do contrato para a sociedade, que o considera não apenas um fenômeno jurídico, mas um instrumento de mudanças no plano fático, um meio inserto e que existe na ordem social (AZEVEDO; *in* AZEVEDO, 2004, p. 141-142; PENTEADO, 2007, p. 261-270).

Além do reconhecimento do Direito como algo na sociedade, noutra oportunidade, com base nas ideias de Enzo Roppo (2009, p. 10-15), chegou-se a uma definição de função social do contrato relacionada à necessidade de que as operações econômicas não devem atentar contra os interesses sociais juridicamente tutelados, isto é, que a circulação ou acumulação de patrimônio não se coloque em posição antagônica ao interesse social, podendo ser socialmente inúteis ou atender tão somente o interesse dos contratantes (PÁDUA, 2020; ROPPO, 2009, p. 36-40).

Um último fundamento citado como componente do núcleo da vedação ao terceiro cúmplice no inadimplemento é a boa-fé. Karl Larenz (1978, p. 58) delinea a boa-fé como um preceito ético-jurídico essencial ao convívio social, porquanto a sociedade só é em razão da coesão pautada na confiança que os indivíduos têm de que suas expectativas sejam respeitadas, aqui inclusas as de que os contratos nos quais figuram sejam respeitados.

Em suma, a incolumidade, a função social contratual e a boa-fé adotam rumos convergentes no sentido de desenvolverem fundamentação voltada à proibição a que terceiros sabotem contratos e suas consequentes relações contratuais, visto que tais categorias jurídicas são, também, categorias sociais, dotadas de existência na sociedade e, portanto, havendo expectativa de que o negócio e seu liame rumem naturalmente para o adimplemento.

É diante da necessidade de resguardar a esfera jurídica, mesmo em relação às posições jurídicas de cunho relativo (obrigacionais, familiares etc.), que surge a teoria do terceiro cúmplice, que tem como hipótese a responsabilização civil do terceiro cúmplice no inadimplemento contratual (AZEVEDO; *in* AZEVEDO, 2004, p. 145; PENTEADO, 2007, p. 121).

Se há responsabilização, será então em qual das suas duas grandes modalidades? Aplica-se o regime negocial (= responsabilidade civil negocial, mais conhecida como “contratual”) ou o regime aquiliano (= responsabilidade civil extranegocial, mais conhecida como “extracontratual”)?

Mais uma vez, a metodologia adotada para a distinção entre figurantes e não figurantes da relação importa. Segundo Mário Júlio Brito de Almeida Costa (1999, p. 467), F. C. Pontes de Miranda (2012c, p. 271 e ss.) e Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 16), a responsabilidade civil negocial envolve a imputação de dever derivado indenizatório por cometimento de ilícito civil relativo, enquanto a responsabilidade civil extranegocial diz respeito à imputação de dever de indenizar em razão de ilícito absoluto.

Ilícito civil relativo e absoluto está na doutrina de F. C. Pontes de Miranda (2012b, p. 287-289), para quem a primeira categoria surge do não atendimento do que consta em uma relação jurídica relativa (negocial, familiar etc.), enquanto a segunda espécie envolve o não atendimento do que consta em relação jurídica absoluta (direitos da personalidade, reais etc.). Aplicando-se tais ideias ao caso do terceiro cúmplice no inadimplemento, é possível depreender que a tese prevalecente é de que ele não é figurante e sequer tangencia o negócio para nele ingressar (ou em sua relação), e sim um sujeito externo que viola um dever geral de respeito daquele fato jurídico e sua consequente relação jurídica, pelo fato de estarem situados em ambiente social.

É pelo fato de que o terceiro cúmplice está alheio ao negócio e ao seu consequente liame que o regime jurídico de responsabilização a ser aplicado é o extranegocial (AZEVEDO; *in* AZEVEDO, 2004, p. 145). Aqui, surge a dúvida se a responsabilização será objetiva ou subjetiva.

Nos julgados abaixo, há menção à intenção de prejudicar e à culpa por parte de quem cometeu o ilícito civil. Ocorre que permeia entre os

campos doutrinário e jurisprudencial a ideia de que a oponibilidade exige prévia ciência de determinada relação jurídica pelo terceiro, o que leva à consideração de que o terceiro cúmplice exerce abusivamente poder jurídico (AZEVEDO; *in* AZEVEDO, 2004, p. 143; PENTEADO, 2007, p. 121-122). Segundo o CCB/2002, “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187). Se o terceiro exerce poder jurídico de forma abusiva ao, direta ou indiretamente, induzir que a parte contratante incumpra o contrato, invoca-se a teoria do abuso de posição jurídica ativa, mais conhecida como “teoria do abuso de direito”.

Com aprofundada dedicação ao tema, António M. da R. Menezes Cordeiro (2017, p. 879-885) expõe que a ideia de abuso de poder jurídico diz respeito não propriamente à posição jurídica, e sim ao seu exercício, que resulta na irradiação de efeitos nocivos, tanto ao Direito quanto à sociedade. É a partir dessa compreensão que Judith Martins-Costa (2015, p. 610-613) fala em antijuridicidade no modo de exercício, porquanto seria uma contradição dizer que a contrariedade ao Direito está no próprio poder jurídico. É a partir dessas ideias de que o exercício nocivo é nuclear na teoria do abuso de direito que se chega à análise do suporte fático constante no art. 187 CCB/2002: por não tratar de culpa *lato sensu*, tal qual o art. 186, o que atrai a responsabilização civil objetiva (DIAS, 1973, p. 539).

Orientação da responsabilidade civil objetiva pelo abuso de posição jurídica ativa consta no Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo finalístico”.

A tese da objetivação da responsabilização pelo abuso de interesse jurídico predominante é tratada por José de Aguiar Dias (1973, p. 539), que entende que há superação da vinculação inicialmente dada entre a teoria em comento e a culpa, o que foi superado diante da abordagem do exercício em si como resultante do abuso, sem se aprofundar na ideia de intencionalidade ou descuido. Logo, adota-se o posicionamento de que o terceiro

cúmplice no inadimplemento (= sujeito alheio, mas ciente da relação jurídica contratual) responde objetivamente pelo induzimento a que uma das partes descumpra o negócio.

No âmbito judicial, o STJ (REsp n. 1.316.149/SP) apreciou caso no qual famoso cantor foi estimulado a romper contrato com certa agência publicitária atrelada a uma cervejaria de grande nome para migrar para concorrente publicitária. No mérito, destacou o ministro Paulo de Tarso Sanseverino que a boa-fé impõe limites ao exercício de posições jurídicas, o que não acontecera no caso, vez que a demandada excedeu “os limites impostos pelo seu fim social e econômico e pela boa-fé e probidade que se exige não só dos contratantes entre si, mas de toda a coletividade, com relação aos contratos celebrados entre terceiros”.

Outro julgado que chegou ao STJ (REsp n. 468.062/SP) envolveu caso no qual agente financeiro conferiu quitação a mutuários, que foram cobrados da sucessora daquele. Destaca-se o seguinte trecho da ementa do julgado que favoreceu os recorridos mutuários:

PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO — DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE — TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO. O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros — de modo positivo ou negativo —, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação inter partes. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito. Em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

No aspecto processual quanto à composição do litisconsórcio passivo, a Corte da Cidadania (REsp n. 886.077/RJ) fixou posicionamento sob a égide do CPC/1973 (arts. 46 e 292, que, respectivamente, são reproduzidos nos arts. 113 e 327 do CPC/2015): “é admissível, em princípio, que

um mesmo dano derive de inadimplemento de um contrato e de ilícito extracontratual, por que responsável um terceiro. (...) Isso ocorrendo, viável a cumulação de demandas em um mesmo processo, formando-se litisconsórcio passivo”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A definição de terceiro tem como berço a Teoria Geral do Direito e parte da relação jurídica. Nesta, há os chamados “figurantes”, ou partes ou polos, que são os sujeitos que estão inseridos ou no fato jurídico constitutivo ou na relação jurídica irradiada. O terceiro, portanto, não é figurante, isto é, tomado em um sentido amplo, são definidos por exclusão aqueles sujeitos de direitos que não constam nem no fato constitutivo nem em um dos polos da consequente relação.

Com a definição acima que se desceu ao nível do Direito Privado, com a denominada teoria do terceiro cúmplice (no inadimplemento) ou terceiro ofensor, que tem seu desenvolvimento no âmbito contratual e diz respeito a situações nas quais sujeitos alheios aos figurantes, ao próprio negócio e à sua consequente relação exercem atos que, de alguma forma, violam a continuidade contratual.

Apesar da relação jurídica ser de Direito Obrigacional e, portanto, ter efeitos apenas contra e para aqueles que declararam ou manifestaram vontade no contrato ou em sua consequente relação contratual, alguns fundamentos orientados pela incolumidade da esfera jurídica viabilizam efeitos externos, contra (ou, melhor dizendo, oponíveis em um sentido estrito a) terceiros.

O primeiro fundamento está na distinção entre oponibilidade *stricto sensu* e relatividade eficaz-contratual. A primeira consiste nos efeitos indiretos ou externos do ato, que irradia sua eficácia no sentido de reconhecer sua existência no meio social, enquanto a relatividade dos efeitos diz respeito aos chamados “efeitos diretos ou internos” do ato, que irradiam sua eficácia específica e buscada pelos envolvidos no ato.

O segundo fundamento para o reconhecimento de efeitos externos de relações jurídicas, cujos efeitos (específicos) se circunscrevem aos figu-

rantes, é o da norma-princípio da função social do contrato, que tem dois sentidos. O primeiro é de que o contrato é considerado não apenas um fenômeno jurídico, mas também um instrumento de mudanças no plano fático, um meio inserto e que existe na ordem social. O segundo sentido é de que a função social do contrato está relacionada à necessidade de que as operações econômicas não atentem contra os interesses sociais juridicamente tutelados, que não se coloque o contrato em posição antagônica ao interesse social, que não é vulnerado se socialmente inútil ou atender tão somente o interesse dos contratantes.

O último fundamento citado como componente do núcleo da vedação ao terceiro cúmplice no inadimplemento é a boa-fé, um preceito ético-jurídico que se baseia na ideia de coesão pautada na confiança que os indivíduos têm de que suas expectativas sejam respeitadas, aqui inclusas as de que os contratos nos quais figuram sejam respeitados.

A resultante dos fundamentos acima é de que o terceiro pode ser responsabilizado por induzir a ruptura contratual por um dos contratantes. E mais: por não ser figurante, aplica-se o regime da responsabilidade civil extranegocial ou aquiliana, esta na modalidade objetiva em razão do reconhecimento de que o terceiro ciente da existência do contrato ou sua relação contratual exerce abusivamente poderes jurídicos, amoldando-se em exercício abusivo de posição jurídica, que envolve não a aferição de culpa *lato sensu*, e sim da mera conduta e dos seus reflexos nos planos jurídico e fático, atraindo a responsabilização objetiva do terceiro ofensor.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer) Os princípios do Direito Contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. in AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. **Direito das Obrigações**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

HAICAL, Gustavo. **A autorização no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: parte general**. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria i ideologia del Diritto**. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1981.

MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. **CONTRATO**. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 26, n. 2, 03 dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/1011>. Acesso em 05 set. 2021.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: tomo II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: tomo XXII**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012c.

ROPPO, Vincenzo. **Diritto Privato**. 5. ed. Napoli: G. Giappichelli, 2016.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

TEDESCHI, Bianca Gardella. **L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparatistica**. Milano: Giuffrè, 2008.

VARADARAJAN, Deepa. Tortious interference and the Law of Contract: the case for specific performance revisited. **Yale Law Journal**, v. 113, nov./dez. 2001, p. 735-760.

NOTAS ACERCA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DE ALTO PADRÃO DE LUXO

Ronaldo Raemy Rangel

Doutor em Desenvolvimento econômico pela UNICAMP, professor da PUC-Minas e da FGV-SP.

Gabriel Dolabela Raemy Rangel

Doutor em Ciências Sociais e Jurídicas pela UFF, mestre em direito pela UGF e professor da UCAM.

Submetido em: 11/08/2022

Aprovado em: 13/08/2022 e 26/08/2022

RESUMO: O direito fundamental à moradia tem como um dos elementos de proteção a impenhorabilidade do denominado “bem de família”. Contudo, a moradia de luxo não parece ser protegida por esse instituto. O presente trabalho discute os limites da proteção do bem de família, de modo a dar uma interpretação correta e proporcional ao instituto.

SUMMARY: The fundamental right to housing has as one of the elements of protection the unseizability called homestead. However, luxury housing does not seem to be protected by this institute. The present work discusses the limits of the homestead in order to give a correct and proportional interpretation to the institute.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de Família; Penhora; moradia de luxo

KEYWORDS: homestead; Attachment; luxury residence

INTRODUÇÃO

O principal efeito prático do instituto do bem de família esculpido na Lei 8.009/90 é impedir que uma pessoa e sua família sejam privadas de sua moradia digna para satisfação de suas dívidas. Trata-se da regra da impenhorabilidade, que, em última análise, visa a proteger o direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição da República. Há uma espécie de análise de custo/sacrifício no sentido de que mais importante é a proteção da moradia digna do que a satisfação do crédito. Vale dizer que não busca a lei do bem de família proteger o imóvel em si, mas sim a moradia compreendida como o local onde a família fincou seu asilo, seu porto seguro.

A responsabilidade patrimonial de um devedor sempre recai sobre o seu patrimônio, e não sobre a sua pessoa. Foi-se o tempo primitivo em que uma pessoa respondia pelas suas obrigações com o seu corpo, como ocorria em civilizações da antiguidade em que havia regras de imposição de castigos físicos, de trabalhos forçados, de hipoteca de crianças ou até mesmo de execução dos devedores. Em outras palavras, a responsabilidade deve ser patrimonial e, à luz de uma interpretação constitucional do direito, devem ser respeitados os aspectos existenciais. A proteção do bem de família vai justamente nesse sentido de proteger a família, a moradia e, como consequência, a dignidade.

Em outro giro, merece ser dito que não é a regra da impenhorabilidade do bem de família absoluta. Ao revés, a própria Lei 8.009/90 traz algumas exceções em que, mesmo com relação ao bem servido de moradia ao devedor e à sua família, poderá ocorrer a penhora, como é o caso do devedor de pensão alimentícia ou do fiador em locações. Trata-se de hipóteses excepcionais em que o próprio legislador entendeu que, em uma balança, seria desproporcional a proteção da moradia do devedor em detrimento de outros direitos em choque.

Sucedem que o legislador foi omissis — ou não — em relação à possibilidade da penhora do bem de família luxuoso, ou seja, imóveis de elevado valor e que se revestem de excessivo requinte, com conforto desnecessário, exagerado, por vezes até chamativo e ostensivo. Isso tem gerado divergências na doutrina e na jurisprudência de nossos Tribunais. O as-

sunto foi inclusive objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça em algumas oportunidades.

A grande discussão gira em torno do argumento de que a *ratio* da lei é a proteção do mínimo patrimonial indispensável a uma existência decente, com dignidade, o que não parece significar luxo nem ostentação. Soa injusto para alguns que um credor deixe de receber o seu crédito enquanto o devedor desfruta de uma moradia de alto padrão de luxo. Haveria uma desproporcionalidade na forma de proteção do devedor.

O presente trabalho, portanto, através de revisão bibliográfica e de análise da jurisprudência de nossos tribunais, propõe-se a enfrentar, à luz de modernos conceitos do direito civil constitucional contemporâneo, a questão ora posta. A pergunta central é: poderia ser penhorado o imóvel de família luxuoso?

NOÇÕES DO BEM DE FAMÍLIA E A REGRA DE IMPE- NHORABILIDADE

A família pode ser entendida como entidade de estrutura de convívio. É a convivência humana estruturada a partir de cada uma das diversas células que compõem a comunidade social e política de um Estado. (MADALENO, 2013. p. 31). Advindas de casamento, de união estável¹, de vínculos monoparentais² ou de outros tipos de relações (DIAS, 2021, *online*), são múltiplas as formas de família reconhecidas em nosso ordenamento, merecendo todas proteção e respeito. A família tem uma função clara de socialização, pois é por meio dela que as pessoas criam seus hábitos, aprendem suas tradições, desenvolvem sua identidade e personalidade. O Estado, nesse aspecto, deposita na família alguns deveres e direitos ligados ao afeto e à segurança mútua, para que as pessoas possam se desenvolver individualmente e socialmente.

Foi conferida pelo nosso ordenamento jurídico especial atenção à família também pela legislação infraconstitucional, sendo objeto deste traba-

1 Diz a Constituição no artigo 226, § 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

2 Diz a Constituição no artigo 226, § 4º “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

lho a figura do bem de família, que faz parte desse mosaico. Trata-se de um meio de se garantir um asilo à família, sendo protegida a sua moradia pela regra da impenhorabilidade. Merece ser feita a ressalva trazida por Eduardo Mingorance de Freitas Gouvêa de que “o bem de família é apenas um direito, e não pode ser confundido com o imóvel sobre o qual incide – dessa forma o bem de família seria algo acessório” (GOUVÊA, 2020, p. 43).

Fala-se que a origem do bem de família seria nos Estados Unidos, no Texas, no início do século XIX, em razão da forte migração de colonos para cultivar na região. Com incentivo ao desenvolvimento e como meio de convencer mais colonos a se estabelecerem na região, criou-se a regra de que as pessoas poderiam ser processadas, mas não seriam obrigadas a pagar dívidas com as suas terras. (GOUVÊA, 2020, p. 47). A vinda do instituto ao Brasil teve inspiração justamente na “*homestead exemption*” americana.

O projeto inicial do Código Civil de 1916 não previa a figura do bem de família, o que só foi inserido na lei pela Comissão Especial do Senado, presidida pelo Senador Feliciano Penna. Aquele código trouxe o instituto nos artigos 70 a 73 do aludido diploma, em sua Parte Geral. (GAMA E MARÇAL, 2016, p. 69-80). Foi a Lei 8.009/1990, no entanto, que estabeleceu o bem de família legal e involuntário, ficando a cargo dos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil de 2003 regular a instituição do bem de família voluntário. Interessante notar que o Código Civil de 2003 deslocou o tratamento do bem de família da disciplina reservada aos bens para a disciplina do direito de família, demonstrando a perspectiva de visão da sociedade em relação à proteção pretendida e, ainda, a hierarquia dos valores sociais vigentes em cada período da história.

Há, como se pode ver, uma divisão entre o bem de família voluntário (ou convencional), que é aquele estabelecido por vontade de seus titulares por escritura pública ou testamento, e o bem de família involuntário (legal), emanado diretamente da própria lei. O que nos interessa para este trabalho é o legal.

A Lei 8.009/90 foi, sem dúvidas, fruto do momento econômico experimentado pelo país naqueles anos. Muitos acumulavam dívidas e suportavam

intempéries em suas finanças em razão da hiperinflação e acúmulo de juros, fruto de uma série de planos econômicos malogrados.³A instabilidade econômica gerou uma sociedade endividada e, para que a moradia dessas pessoas fosse preservada, o legislador criou a regra da impenhorabilidade. Além disso, a entrada em vigor da lei deu-se poucos anos depois da promulgação da Constituição de 1988, que, no meio de seu farto rol de direitos fundamentais, trouxe especial atenção à dignidade humana, à família, e à moradia⁴.

O artigo 1º da aludida lei é esclarecedor:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Nesse sentido, o próprio Estado, de modo vertical, impõe a proteção do imóvel destinado à família e dos inalienáveis direitos sociais ligados à moradia. Arnaldo Marmitt bem assevera que:

A nova lei implantou em nosso direito a impenhorabilidade coativa, sem reduzir a disponibilidade do proprietário, sem nada alterar em relação a ele, inobstante ter dado maior amplitude ao instituto do bem de família. Embora dispense a vontade do instituidor, não o despoja da livre disposição, por não impor a inalienabilidade da coisa. Sobrepôs, assim, o superior interesse da família a todos os demais interesses humanos, vez que a penhora de móveis e imóveis que se usufruem em comum, dentro do agrupamento familiar, em composto e em união de proveito, priva todos da utilidade, interferindo na esfera jurídica de todos. Quem não é parte passiva na execução por ela não pode ser afetado, a ponto de não mais poder se beneficiar de tais bens. A instituição do benefício *ex lege* dispensa a escritura pública, vez que é impositiva, sendo também irrelevante a circunstância de o beneficiário ser ou não devedor (MARMITT, 1995, p. 21)

3 Em 1986, foi criado o Plano Cruzado no Brasil, com o intuito de estabilizar a economia. Mas, como a sua principal estratégia era o congelamento de preços, embora tenha ocorrido um controle inicial da inflação, aquilo foi insustentável e, rapidamente, houve escassez de produtos, as importações aumentaram e deprimiu a economia.

4 A redação atual do artigo 6º da Constituição da República foi estabelecida pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015.

É de se frisar que, consoante o parágrafo único do artigo 1 da Lei n. 8.009/90, o conceito de bem de família involuntário compreende, além do imóvel em si, no qual se fixa a família, também eventuais plantações, benfeitorias, todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional e móveis que guarnecem a residência, desde que quitados. Não se incluem, no entanto, nesse conceito, os veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos, que poderão ser penhorados. (MARMITT, 1995, p. 21).

Requisito indispensável para configuração de um imóvel como bem de família é que ele sirva como real residência da entidade familiar, pois, diga-se novamente, o objetivo final é uma proteção à moradia. Frise-se que nossos tribunais estendem a proteção às pessoas solteiras, separadas e viúvas, na forma da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça. Também parece ser extensível ao que a doutrina passou a intitular de “novas famílias”.

A regra na qual se estrutura a lógica do bem de família é a da impenhorabilidade. Como já dito, é almejado com tal regra uma proteção da moradia da família e, por conseguinte, a preservação da dignidade humana. Frise-se que o direito de propriedade, desde a gênese dos direitos fundamentais, é protegido como conteúdo essencial da dignidade, alcançando, nos dias de hoje, ainda, um caráter extrapatrimonial, devendo inclusive cumprir a sua função social, na lida de se preservar interesses da coletividade. Muitos são os mitos acerca da ideia de função social da propriedade. Não raras as vezes, diante do conteúdo ideológico sugerido pela expressão, alguns enxergam uma ameaça de negação à propriedade privada ou ao próprio sistema capitalista. (SCHREIBER, 2000, p. 159-182). Mas o que se tem no conceito, em verdade, é o reconhecimento da existência de interesses supraindividuais, de caráter existencial, passíveis de serem ofendidos por um irresponsável exercício do domínio. Hoje, não há dúvida de que a propriedade privada não é absoluta e deve respeitar o meio-ambiente, o bem-estar de trabalhadores, os direitos da vizinhança, a saúde pública etc. (COMPARATO, 1986, .71-79).

De igual modo, a satisfação do crédito por via judicial deve conciliar a um só tempo a ideia de efetividade, dando ao credor tudo que lhe é devido,

e o princípio da menor onerosidade da execução, que impõe seja realizada a execução da maneira menos gravosa possível ao executado. Trata-se, como afirma Fred Didier, de “cláusula geral que serve para impedir o abuso de direito do exequente”, (DIDIER, CUNHA E BRAGA, 2017, p.78), sendo feitas escolhas de adequação de meios de execução e não do resultado a ser alcançado, que sempre será a satisfação do crédito. Em um universo de diversos meios possíveis para satisfação do crédito, deve-se optar pelo menos gravoso, preservando os direitos do devedor e evitando execuções abusivas e desnecessariamente onerosas.

Na execução, o Estado, através da figura do juiz, mediante atos de constrição sobre bens, faz a captação destes e os reverte à satisfação do exequente. Tem-se por penhora o ato constritivo que incide sobre algum bem do obrigado e a entrega ao credor do dinheiro obtido mediante a alienação forçada do bem penhorado. Explicando de outro modo, a penhora é o meio de se forçar que um bem do patrimônio do devedor seja destinado à satisfação do crédito executado, o que é feito pelo órgão da justiça.

Quando se aventura a tratar de hipóteses de impenhorabilidade, o legislador acaba caminhando no terreno dos bens jurídicos em conflito. O legislador, ao separar determinados bens em seletas hipóteses e tê-los por impenhoráveis, faz uma ponderação sobre os valores e direitos em contraste, decidindo que mais vale a proteção daqueles bens e dos direitos a eles ligados do que simplesmente satisfazer o crédito com sua venda. Por exemplo, no rol do artigo 833, do Código de Processo Civil, o legislador traz várias hipóteses de impenhorabilidade, que não demandam muito esforço para se entender o porquê da proteção:

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guardam a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Em relação ao bem de família, há igualmente uma análise legislativa dos valores e direitos em choque. Não à toa, o próprio artigo 3º da Lei 8.009/90 traz algumas exceções em que o bem de família poderá ser penhorado. É o caso, por exemplo, do imóvel do fiador em locações. Nesse caso, entendeu o legislador que a pessoa que se sujeita a ser fiador deve saber do risco de ter seu bem atingido em caso de inadimplência. O Supremo

Tribunal Federal, por ocasião do TEMA 295 — em sede de repercussão geral —, firmou a tese de que é constitucional a penhora do bem de família pertencente ao fiador em contrato de locação, havendo, segundo a Corte, uma compatibilidade da exceção prevista no artigo 3º, VII, da Lei 8009/90 com o artigo 6º da Constituição da República. Esse mesmo assunto foi apreciado em 2019 pelo Superior Tribunal de Justiça no TEMA 708, cuja relatoria coube ao ministro Luis Felipe Salomão, tendo se chegado à mesma conclusão.

PROTEÇÃO DA MORADIA OU DO PADRÃO DE VIDA?

O ponto central do presente trabalho que se pretende fixar é que a proteção do bem de família visa a blindar os bens imprescindíveis à família, à moradia, atendendo-se ao que é determinado pela Constituição. Hoje, como é amplamente difundido, vige a metodologia de unidade do ordenamento jurídico que passou a ser chamada comumente de “direito civil constitucional”, incidindo em um caso concreto conjuntamente normas de diferentes origens e fontes, sendo atendidas nas relações privadas normas e princípios constitucionais, em um movimento de despatrimonialização e publicização do direito civil. Sobre o tema, ensina o professor Tepedino:

Por direito civil-constitucional entende-se a metodologia que, em busca da unidade do ordenamento jurídico, conforme acima longamente explicitado, propõe que a interpretação e a aplicação do direito ocorram mediante a incidência conjunta das normas infraconstitucionais e das normas constitucionais, qualquer grau hierárquico ou setor que se localize, possa exprimir, de maneira uniforme diretrizes constitucionais. Tal procedimento potencializa as categorias do direito civil, permitindo que, para além da disciplina de cada caso singular, os modelos jurídicos cumpram o papel de promoção da tábua de valores da Constituição. (TEPEDINO, 2022, p. 54)

Nessa esteira, não parece a lei, ao criar a figura do bem de família impenhorável, querer proteger um modelo de padrão de vida ou o imóvel específico em si. O objetivo, repise-se, é salvaguardar a moradia da família,

com a proteção de necessidades e de um mínimo existencial, em atendimento aos mandamentos constitucionais. Nesse sentido, Guilherme Calmon Gama:

A interpretação deste dispositivo deve levar em conta sua *ratio*, que é a de garantir apenas o mínimo necessário à sobrevivência digna do executado. Dignidade, conforme supra definido, não significa luxo nem ostentação, que, quando presentes, devem excluir o devedor do âmbito da incidência da proteção constante da norma. (GAMA; MARÇAL, 2016, p. 245).

Em uma análise sistemática da legislação, vê-se que o cobertor da impenhorabilidade almeja sempre a proteção do mínimo existencial, e não de um padrão de vida. Por exemplo, o artigo 833, VIII, do Código de Processo Civil, fala em impenhorabilidade da “pequena” propriedade rural. A própria Lei 8.009/1990 segue a mesma esteira no artigo 2º, ao reconhecer a impenhorabilidade dos bens móveis “suntuosos”. O Código Civil de 2002, por sua vez, no parágrafo único do artigo 1.715, ao tratar do bem de família convencional e da possibilidade de penhora por força de dívida de IPTU ou de condomínio, resguarda quantia suficiente para o sustento familiar. O que é luxuoso, o que ostenta, não parece ser protegido pelo legislador.

Hoje é amplamente reconhecido que houve uma guinada no direito civil brasileiro no sentido de se trazer a pessoa para o centro das preocupações das relações privadas. O patrimonialismo exacerbado que outrora orquestrava a nossa legislação civil passou a dar lugar a questões existenciais, considerando-se a dignidade da pessoa humana como um fim das relações sociais. A despatrimonialização sofrida ao longo dos anos e consolidada no Código Civil atual, com respaldo constitucional, coloca o ser humano como a grande condição essencial do universo de normas e traz o bem como fruto de utilização da pessoa para que exista uma vida valorosa e com dignidade.

Nesse caminhar, o professor Edson Fachin foi pioneiro na teoria que passou a ser conhecida como “patrimônio mínimo” (FACHIN, 2006, p. 114). É que a tutela do direito civil, em especial antes do Código Civil de 2002, voltava-se muito à proteção de questões primordialmente patrimo-

niais, isto é, a uma tutela do “ter”. A partir do movimento de constitucionalização do direito privado, da edição do novo código e de diversos outros diplomas, o direito civil promoveu uma guinada à proteção do “ser”, no sentido de trazer a tutela de dignidade humana como objeto central das preocupações também das relações privadas. A ideia de um “patrimônio mínimo” coloca em estudo que o “ser” volta-se para o “ter” de maneira a possuí-lo para desenvolver uma vida próspera e digna.

Essencialmente, a teoria do patrimônio mínimo busca preservar uma condição inviolável, inalienável de patrimônio, do qual a pessoa não pode ser privada para que tenha minimamente uma vida digna:

O valor da “pessoa” abarca a possibilidade de se lhe garantir um patrimônio mínimo, a fim de que seja resguardada a dignidade em razão da qual os indivíduos merecem proteção e amparo. A tutela desses valores não preserva apenas a individualidade, como também se projeta para a coletividade (FACHIN, 2006, p. 114).

Assim, a lei deve proteger essa condição patrimonial mínima. Por exemplo, o Código Civil, no artigo 548, proíbe que uma pessoa doe todos os seus bens sem reservar parte para sua subsistência. Do mesmo modo, é certo que um credor, na lida de satisfazer o seu crédito, pode expropriar bens do devedor até certo ponto, pois chegará uma hora em que o patrimônio do devedor não mais poderá estar à disposição, sob pena de prejudicar a sua subsistência e vida digna. Preservar-se-á sempre patrimônio suficiente ao mínimo existencial.

Maria Berenice Dias bem destaca que o conceito de bem de família visa a proteger a dignidade do devedor, com seu mínimo vital:

Os novos valores a serem protegidos pelo bem de família podem ser resumidos na noção de mínimo vital, que visa a preservar as bases de dignidade do devedor para que possa recomeçar a vida, mantendo íntegra a sua personalidade. O princípio da dignidade humana leva o estado a garantir o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. A tendência é encontrar instrumentos hábeis que preservem o devedor e que, ao mesmo tempo, não frustrem a garantia do credor. (DIAS, 2016, p. 360).

Como consequência lógica, não parece o modelo atual de direito civil constitucional querer preservar um elevado padrão de vida, um padrão de luxo ou conforto exacerbado. Não soa razoável permitir que o devedor mantenha um alto padrão de vida, com moradia de alto conforto e luxo, em detrimento de seus credores, que podem vir a sofrer um comprometimento no seu próprio padrão de vida.

Vale destacar que a propriedade privada sofre a limitação da sua função social, o que decorre de previsão constitucional. De tal modo, não pode esse direito ser utilizado como subterfúgio para conservação de um padrão de vida luxuoso, impossibilitando a satisfação de uma responsabilidade patrimonial legitimamente cobrada em juízo. Parece estar inserida dentro da função social a ideia de que as dívidas devem ser satisfeitas na vida em comunidade. Somado a isso, o direito à moradia não pode ser entendido de modo amplificado a ponto de salvaguardar uma moradia luxuosa. A moradia precisa ser adequada à concepção de dignidade e de patrimônio mínimo.

O princípio da proporcionalidade, embora não tenha previsão expressa em nossa Constituição, é de ampla aceitação e importa em uma análise do respeito a três subprincípios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SARMENTO; NETO, 2014. p. 471). Assim, embora possa-se considerar que a impenhorabilidade seja uma medida adequada à proteção da moradia, ela não é proporcional se, no caso concreto, o bem protegido for luxuoso, pois há, nessa hipótese, uma alteração na balança e o sacrifício não é compensado por benefício entre o bem jurídico tutelado. Acaba que o direito a um patrimônio vasto, excedendo o limite do necessário a um padrão médio de vida digna é tutelado, com o sacrifício da pretensão legítima do credor.

Curioso notar que o projeto que resultou na Lei nº 11.382/2006 almejava inserir um parágrafo único no art. 650 do Código de Processo Civil, estabelecendo nova regra que limitava a impenhorabilidade ao bem de família que não excedesse 1.000 (um mil) salários-mínimos. No entanto, esse trecho do projeto foi vetado, com as seguintes razões:

(...) o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor

superior a mil salários-mínimos, ‘caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade’. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei no 8.009, de 1990, que ‘dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família’, no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo (...) (PLANALTO, 2022, *online*)

Como se vê, as razões do veto mostraram-se pouco elucidativas e extremamente ralas. O grande argumento para o veto parece ter sido uma “tradição jurídica” do Brasil de não limitar o valor do imóvel para fins de proteção. Teria sido um avanço a aprovação da aludida alteração.

A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça debruçou-se no tema em algumas oportunidades, tais como nos seguintes julgados: Agravo em Recurso Especial 1146607 – SP, Agravo em Recurso Especial 1656079 – RS, Agravo em Recurso Especial 1505028 – SP e Recurso Especial 1320370-RJ.

A posição firmada em todos esses casos foi no sentido de que o fato de o imóvel ser de alto padrão é irrelevante para fins de proteção do bem de família. Veja-se, por exemplo, a ementa do Recurso Especial 1320370-RJ, da Segunda Turma, relatado pelo ministro Castro Meira:

PROCESSUAL CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009/09. IMÓVEL DE ELEVADO VALOR. RESTRIÇÕES À GARANTIA DA IMPENHORABILIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. A tese desenvolvida com esteio no art. 274 do Código Civil não foi objeto de análise pela instância ordinária, o que configura falta de prequestionamento e impede o acesso da matéria a este Superior Tribunal de Justiça. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. A recorrente pretende afastar o regime protetivo da Lei nº 8.009/90 sob a justificativa de que o único bem imóvel pertencente ao executado, e que serve de morada para sua família, possui valor

bastante elevado, caracterizando-se como residência luxuosa de alto padrão - casa situada no bairro do Leblon, Município do Rio de Janeiro/RJ.

3. A Lei nº 8.009/90 não estabelece qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família no que toca a seu valor nem prevê regimes jurídicos diversos em relação à impenhorabilidade, descabendo ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez.

4. Independentemente do elevado valor atribuído ao imóvel pelo Fisco, essa variável não abala a razão preponderante que justifica a garantia de impenhorabilidade concebida pelo legislador: de modo inequívoco, o bem em referência serve à habitação da família. É o bastante para assegurar a incidência do regime da Lei nº 8.009/90.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (STJ, 2022, *online*)

A visão por que se optou no STJ é de que, não tendo sido feita ressalva na lei sobre o padrão do bem de família, para fins de impenhorabilidade, não caberia ao Judiciário impedir a penhora. Não poderia o intérprete estabelecer restrição que a lei não fez. Diz assim o ministro relator no aludido recurso especial:

a legislação de regência não estabelece qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família no que toca a seu valor nem prevê regimes jurídicos diversos em relação à impenhorabilidade, descabendo ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez.

Assim é que não discriminou o imóvel bem de família em relação a seu valor nem, a partir desse *discrímen*, previu regimes jurídicos diversos em relação ao “grau” de impenhorabilidade do imóvel. Desarte, elementar regra de hermenêutica, não cabe ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez.

Ademais, independentemente do elevado valor atribuído ao imóvel pelo Fisco, não se pode perder de vista que essa variável de mercado não abala a circunstância preponderante que atrai a garantia concebida pelo legislador: no caso que se examina: de modo inequívoco, o

bem é utilizado para habitação da família. A meu sentir, é o bastante para assegurar a garantia da Lei nº 8.009/90.

É verdade que o melhor caminho seria um esforço legislativo para resolver a questão, permitindo a penhora do bem luxuoso. Mas, na ausência de lei nesse sentido, não parece ser adequada uma aplicação legalista, formal e asséptica por parte do Judiciário, como fez o STJ. Isso legitima situações pouco razoáveis, em que o devedor mantém seu alto padrão de luxo em detrimento do credor, que tem frustrado o seu legítimo direito a receber o que lhe é devido. À luz dos princípios da proporcionalidade, da função social da propriedade, da dignidade humana, da igualdade e da segurança jurídica, a solução que parece adequada é a da penhora do bem luxuoso.

Questão tormentosa, é verdade, será a definição pelo intérprete do que é o luxo, isto é, até onde vai a impenhorabilidade do bem de família. Qual é o valor do imóvel para ele ser considerado luxuoso? Poderá ser o imóvel penhorado em uma fração de quanto? Tais perguntas decerto só poderão ser respondidas em um caso concreto, valendo-se o magistrado de diversos elementos que não podem ser determinados aprioristicamente. Como bem acentua Guilherme Calmon Nogueira Gama:

Somente em cada caso concreto será possível inferir qual é o padrão médio de cada pessoa, de modo a reconhecer se os seus bens são ou não de padrão médio. O fato de que um imóvel de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) pode ser considerado como luxuoso em uma área de seca nordestina, mas, nos padrões do Sudeste do país, atende aos padrões de vida média tendo como norte o princípio da proporcionalidade, 56 sendo certo que a determinação de qualquer critério pré-determinado de valoração revela-se incompatível com a realidade brasileira, que possui como traço marcante a diversidade social de cada pessoa. Um exemplo que pode ser citado é o fato de que um imóvel de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) pode ser considerado como luxuoso em uma área de seca nordestina, mas, nos padrões do Sudeste do país atende aos padrões de vida média.

Desta forma, a análise do que é ou não luxuoso deve recair na análise casuística do magistrado, que, atentando para as situações do caso concreto, sempre pautado pelo princípio da proporcionalidade,

logrará alcançar a sua determinação, concretizando os valores da justiça social. (GAMA; MARÇAL, 2016, 253).

O que se defende aqui é que as circunstâncias do caso concreto deveriam ser os ingredientes necessários, a fim de decidir o magistrado pela impenhorabilidade ou não. Deverá o magistrado identificar se há outros bens passíveis de constrição. Em não havendo, deverá analisar os padrões do bem revestido pela proteção de bem de família. Caso fuja dos padrões medianos da região, atingindo uma posição de conforto e luxo excessivo, poder-se-á realizar a constrição de, ao menos, uma fração, para satisfazer os credores.

CONCLUSÕES

O direito civil, hodiernamente, deve ser aplicado à luz da Constituição, escapando de um modelo meramente patrimonialista, que até pouco tempo vigia no Brasil, em especial sob a égide do Código Civil de 1916. O ser humano, que é um fim em si mesmo, passou a ser trazido como preocupação central nas relações privadas, respeitado em sua personalidade, liberdade, intimidade etc. Nessa esteira, em uma confusão saudável entre o direito público e o direito privado, leis cogentes são aplicadas nas relações entre particulares, sendo que a atenção ao “ser” impõe limites ao “ter”. Teorias como a do patrimônio mínimo atendem aos mandamentos constitucionais de preservação da dignidade e do mínimo existencial.

O instituto do bem de família, cujo marco legal mais relevante é a Lei 8.009/90, tem como objetivo a proteção da moradia digna da família, garantindo que, mesmo aquela pessoa que deve dinheiro, terá preservado o seu lugar para morar com dignidade. Ao tornar impenhorável a moradia, o legislador ponderou que deveria ser dada maior importância à moradia do que à satisfação do crédito, dando especial atenção à situação existencial daquela entidade familiar.

O que se defendeu neste trabalho, no entanto, é que esse instituto do bem de família não busca a proteção de um padrão de vida luxuoso. Ao revés, o que o bem de família deveria preservar é um patrimônio mínimo, garantidor do mínimo existencial, prevalecendo a satisfação de um crédito

legitimamente cobrado judicialmente, e não a manutenção de um padrão de luxo. Como consequência, aquele imóvel que ultrapasse significativamente o médio padrão de vida não deveria ser preservado como impenhorável, sob pena de ofensa, a um só tempo, aos princípios da proporcionalidade, da função social da propriedade, da igualdade e da segurança jurídica.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sentido oposto, tem sido firme no sentido de impedir a penhora do bem de família independentemente do seu valor ou padrão econômico. Trata-se de uma interpretação engessada da lei, que não atende aos mandamentos constitucionais e que legitima situações pouco razoáveis em que um devedor desfrutará de confortável imóvel de luxo, enquanto, ao mesmo tempo, deve quantia a um credor e não paga.

O ideal seria o surgimento de legislação atenta a essas situações, estabelecendo um teto de valor para fins da impenhorabilidade do bem de família. Mas, na sua ausência, parece coerente que o Poder Judiciário atenda à Constituição e, valorando as circunstâncias do caso concreto, permita excepcionalmente a penhora do bem de família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. REVISTA DE DIREITO MERCANTIL, INDUSTRIAL, ECONOMICO E FINANCEIRO, v. 63, p. 71-79, 1986

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 11ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 360.

DIDIER JUNIOR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Caneiro; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Processo Civil: Execução*. 7ª Edição. JusPodivm, 2017

_____. *Família pluriparental, uma nova realidade*. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/novasfamília>, acessado em 20/10/2021

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008

_____; MARÇAL, Thais Boia. *Penhorabilidade do bem de família luxuoso na perspectiva civil constitucional*. URIS PLENUM, v. 67, p. 69-80, 2016

GOUVÊA, Eduardo Mingorance de Freitas. *Bem de Família e Mínimo Existencial: a responsabilidade patrimonial do devedor e o direito fundamental do credor*. Belo Horizonte, Editora Dialética, 2020

MADALENO, Rolf. Noção de Família. In: _____. *Curso de direito de família*. 5 ed. rev. Atual. e ampl.- Rio de Janeiro? Forense, 2013

MARMITT, Arnaldo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Aide. 1995.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª edição. Belo Horizonte, Fórum, 2014

SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p. 159-182, 2000

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2022

Sites consultados:

PLANALTO, Mensagem de Veto nº 1.047/2006, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/msg/vep/vep-1047-06.htm, acessado em 02/07/2022

STJ Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200335560&dt_publicacao=14/06/2012, acessado em 04/07/22

REFORMATÓRIO KRENAK E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: REFLEXOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0064483- 95.2015.4.01.3800

Marco Aurelio Moura dos Santos

Doutor em Direito Internacional e Comparado – USP/SP. Mestre em Direito da Sociedade da Informação – FMU/SP. Especialista em Direito Público – EPM/TJSP. Professor de Direito. Pesquisador do GEPIM – Grupo de Estudos sobre a Proteção Internacional das Minorias da Universidade de São Paulo/USP.

Submetido em: 12/07/2022

Aprovado em: 25/08/2022 e 26/08/2022

RESUMO: Aborda-se perfil da política estatal aplicada às populações indígenas, mais especificamente durante a ditadura militar brasileira, iniciada em 1964. O artigo tem como ponto de estruturação os reflexos da sentença proferida na Ação Civil Pública nº 0064483-95.2015.4.01.3800, ajuizada pelo Ministério Público Federal, que colocou a Justiça de Transição como objeto da demanda, considerando a prática de violações aos direitos indígenas ocorridas no Estado de Minas Gerais, mais precisamente no Reformatório Agrícola Indígena Krenak e na Fazenda Guarani. A Justiça de Transição pode ser definida como um conjunto de ações e estudos que visam a superar momentos de conflito e de violação de direitos humanos contra determinado grupo social, e tem como base a promoção dos direitos à memória e à verdade. O termo está ligado aos processos históricos de luta em prol da transição de ditaduras para regimes democráticos e busca confrontar o abuso do passado e servir de apoio para a transformação política, reafirmando o respeito aos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça de Transição; Reformatório Krenak; Violações de Direitos Humanos; Direitos dos povos indígenas.

ABSTRACT: It addresses the profile of the state policy applied to indigenous populations, more specifically, during the Brazilian military dictatorship, which began in 1964. The article has as its structuring point the reflexes of the sentence rendered in the Lawsuit n° 0064483-95.2015.4.01.3800, filed by the federal prosecutors, which placed the transitional justice as the object of the demand, considering the practice of violations of indigenous rights that occurred in the State of Minas Gerais, more precisely in the Krenak Indigenous Agricultural Reformatory and Guarani Farm. Transitional justice can be defined as a set of actions and studies aimed at overcoming moments of conflict and violation of human rights against a particular social group, and it is based on the promotion of the rights to memory and truth. The term is linked to the historical processes of struggle for the transition from dictatorships to democratic regimes and seeks to confront the abuse of the past and serve as support for political transformation, reaffirming respect for human rights.

KEYWORDS: Transitional Justice; Krenak Reformatory; Human Rights Violations; Indigenous Peoples' Rights.

INTRODUÇÃO

Desde a chegada dos primeiros exploradores europeus ao território que o Brasil hoje ocupa, a relação entre índios e não índios é conflituosa. Diferentes políticas foram feitas em diferentes momentos num estado, cujo território é povoado por diversas populações culturalmente diferentes. Algumas políticas estatais foram elaboradas para tentar sanar os problemas de conflitos de terras, entre eles, a ocupação de áreas consideradas remotas e a tentativa de pacificação dos conflitos.

O artigo pretende relatar e analisar o perfil da política estatal aplicada às populações indígenas, mais especificamente durante a ditadura militar brasileira, iniciada em 1964. Há a hipótese de que a tomada das terras in-

dígenas pelo Estado justificou a perseguição e a prisão política de diversos indígenas de etnias variadas. Alguns reformatórios indígenas foram construídos no país como espaços de encarceramento dos índios durante aquele período, como o Reformatório Krenak, na cidade de Resplendor, e a Fazenda Guarani, na cidade de Carmésia, localizados no Estado de Minas Gerais. As instituições faziam parte da política de perseguição aos povos indígenas – com elas, era possível prender os índios que incomodavam o regime militar – e tinham a finalidade de receber os índios considerados “criminosos” pelo sistema estatal e, por conseguinte, “recuperá-los”.

Há registro de denúncias, entre elas, a do Relatório Figueiredo de 1967, sobre as violações de direitos humanos dos povos indígenas na ditadura militar. A Comissão Nacional da Verdade (CNV) em 2014 possibilitou o questionamento, por parte dos indígenas, sobre a forma de análise de mortos e desaparecidos, que não levava em conta os índios. A comissão, de início, não tinha como escopo analisar os casos indígenas, pois acreditava que não era seu trabalho, uma vez que os índios não são considerados mortos e desaparecidos oficialmente. Desde então, surgiram diversos questionamentos sobre a falta de estudos relacionados aos povos indígenas no período da ditadura militar, sendo, por isso, necessário analisar novas vertentes das violências praticadas pelo Estado no período de repressão. A partir desse questionamento, a CNV voltou parte de seus estudos para as violações de direitos humanos contra os povos indígenas.

O artigo tem como ponto de estruturação os reflexos da sentença proferida na Ação Civil Pública nº 0064483-95.2015.4.01.3800, ajuizada pelo Ministério Público Federal, que colocou a Justiça de Transição como objeto da demanda, considerando a prática de violações aos direitos indígenas ocorridas no Estado de Minas Gerais, mais precisamente no Reformatório Agrícola Indígena Krenak. Serão abordados, portanto, resultados que apontam para a realização da Justiça de Transição, que pode ser definida como um conjunto de ações e estudos que visam a superar momentos de conflito e de violação de direitos humanos contra determinado grupo social, e tem como base a promoção dos direitos à memória e à verdade (VAN ZYL, 2009, p. 115). O termo está ligado aos processos históricos de luta

em prol da transição de ditaduras para regimes democráticos e busca confrontar o abuso do passado e servir de apoio para a transformação política, reafirmando o respeito aos direitos humanos.

1. BREVE HISTÓRICO DO POVO KRENAK E VIOLAÇÕES AOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

Os Krenak ou Borun constituem os últimos “Botocudos do Leste”, nome atribuído pelos portugueses no final do século XVIII aos grupos que usavam botoques auriculares e labiais. São conhecidos também por Aimorés, nomenclatura dada pelos Tupis, e por Grén ou Krén, sua autodenominação (SOCIOAMBIENTAL, 2020).

O nome Krenak se deve ao líder do grupo que comandou a cisão dos Gutkrák do Rio Pancas, no Espírito Santo, no início do século XX. A reserva Krenak conta com extensão de quatro mil hectares e foi criada pelo SPI – Serviço de Proteção aos Índios na década de 1920, situada à esquerda do Rio Doce, entre as cidades de Resplendor e Conselheiro Pena, em Minas Gerais. Outros grupos Botocudos do Rio Doce se estabeleceram, como os Poixá, Nakre-ehé, Miñajirum, Jiporók e Gutkrák. Os Krenak pertencem ao grupo linguístico macro-jê e falam uma língua denominada “Borun” (SOCIOAMBIENTAL, 2020).

Consta que o território original dos Botocudos era a Mata Atlântica no Baixo Recôncavo Baiano, tendo sido expulsos do litoral pelos Tupis, quando passaram a ocupar a faixa de floresta paralela, conhecida como “Mata Pluvial Tropical”, localizada entre a Mata Atlântica e o rebordo do Planalto Central. Depois do século XIX, os Krenak deslocaram-se para o sul, chegando à região do Rio Doce entre os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo (SOCIOAMBIENTAL, 2020).

Desde os primeiros contatos com os colonizadores, em meados do século XVI, foram acusados de antropofagia, argumento usado para motivar os constantes ataques e conflitos, além de convencer outros grupos indígenas – Tupi, Malalí, Makoní, Pataxó, Maxakalí, Pañâme, Kopoxó e Kamakã-Mongoió – a se aldearem para ocupar suas terras com promessas de proteção e acesso aos bens (SOCIOAMBIENTAL, 2020).

A Coroa Portuguesa decretou no Brasil, por meio de uma série de cartas régias, uma política de violência, exemplificada por cativo e escravização no início do século XIX. A primeira carta régia determinava a guerra aos Botocudos de Minas Gerais, por considerar que impediam a expansão da colônia e que eram irredutíveis à “civilização”. A monarquia autorizava o confisco das terras ocupadas, que passavam a ser consideradas como devolutas e deveriam ser distribuídas como sesmarias. Aos novos proprietários, seria autorizada a escravização dos indígenas. Também foi determinada a criação de aldeamentos administrados por particulares para “educação” dos índios. Embora as três cartas régias se referissem especificamente à capitania de Minas Gerais, as suas deliberações foram estendidas às capitanias da Bahia e do Espírito Santo. A política levou a criação de sete divisões e quartéis militares na região do Vale do Rio Doce, Vale do Jequitinhonha e Mucuri (SOCIOAMBIENTAL, 2020).

Após muita resistência, mortes, epidemias e derrotas, incluindo o sequestro e escravização de crianças indígenas, os grupos passaram a viver aldeados perto das unidades militares. No início do século XX, o recém-criado Serviço de Proteção ao Índio – SPI organizou unidades de monitoramento denominados “postos indígenas”, incluindo o aldeamento onde ficaram os Krenak. Mais tarde, o local foi batizado como “Posto Indígena Guido Marlière”, em homenagem a um militar francês enviado para a região em 1819, para continuar a política de “pacificação” dos botocudos (SOCIOAMBIENTAL, 2020).

Posteriormente, a invasão por moradores da região e o arrendamento pelo SPI das terras do Posto Indígena Krenak, determinou o desmantelamento do grupo no final da década de 1940. O processo de diáspora prosseguiu sob a administração do SPI e depois pela sucessora FUNAI em 1953 para o Posto Indígena Maxakalí, de onde retornaram a pé em 1959. A partir de 1968, sob a égide da ditadura militar, foram mais uma vez enviados para o Reformatório Agrícola Indígena Krenak ou Centro de Reeducação Indígena Krenak. Em 1972, foram compulsoriamente deslocados para a Fazenda Guarani em conjunto com “índios infratores”, deslocados de vários pontos do país (MAPA DOS CONFLITOS, 2018).

O Reformatório Agrícola Indígena Krenak foi implantado sob a administração do capitão Manoel Pinheiro, da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, em 1968, para onde foram enviados os indígenas que opunham resistência aos administradores das aldeias ou eram considerados como socialmente desajustados. No estabelecimento, eram mantidos em regime de cárcere, vitimados por tortura e maus tratos (MAPA DOS CONFLITOS, 2018).

Havia trabalho forçado na agricultura, sob forte vigilância de soldados da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, além de índios agregados à Guarda Rural Indígena – GRIN, uma milícia também fundada pelo Capitão Pinheiro, que recrutava índios na região do Rio Araguaia para atuarem como força de polícia nas áreas indígenas (MAPA DOS CONFLITOS, 2018).

A Comissão Nacional da Verdade – CNV recomendou mais investigações sobre a GRIN, para apuração das responsabilidades dos militares envolvidos em sua criação e manutenção, bem como a necessidade de reparação aos indígenas atingidos (BRASIL, 2014a, p. 212).

O reformatório é fechado em 1972, devido a conflitos por propriedade na região de Resplendor. A alegação de extinção do povo Krenak e a negação de identidade dos indígenas foi uma estratégia usada por fazendeiros para tomar as terras dos índios (BRASIL, 2014a, p. 212).

Além de sem terras e incitados em conflitos fundiários, a CNV constatou uma profunda omissão na política de saúde a partir de 1969, ao lado de uma forte política de assimilação cultural preconizada pelo plano de desenvolvimentismo do Estado, que se caracterizou como um programa de genocídio. Ao se descaracterizar os índios como sujeitos de direitos, promoveu-se uma desagregação social, como mortandades e massacres, com profunda perseguição política ao movimento indígena (CABRAL, MORAIS, 2020, p. 111).

O período de governos militares analisado teve início em 1964 e terminou em 1985, quando teve fim o mandato do ex-presidente João Batista Figueiredo. Apesar de ter sido encerrado ainda na década de 80, as influências e consequências do período militar deixaram um legado de prováveis reflexos aos dias atuais (ARAÚJO, 2006, p. 150).

Há, ainda, outro documento que registrou o contexto de violências praticadas contra os grupos indígenas, incluindo os Krenak: trata-se do Relatório Figueiredo, finalizado em 1967, fruto de investigação que apurou matanças de comunidades inteiras, torturas e toda sorte de crueldades praticadas contra indígenas em todo o país — principalmente por latifundiários e funcionários do extinto Serviço de Proteção ao Índio – SPI (BRASIL, 1968, p. 4.912).

O Relatório Figueiredo, supostamente eliminado em um incêndio no Ministério da Agricultura, foi encontrado no Museu do Índio, no Rio de Janeiro, com mais de 7 mil páginas preservadas e contendo 29 dos 30 tomos em 2013. Entre denúncias de caçadas humanas promovidas com metralhadoras e dinamites atiradas de aviões, inoculações propositais de varíola em povoados isolados e doações de açúcar misturado a estricnina – um veneno –, o texto, redigido pelo então procurador Jader de Figueiredo Correia, também foi analisado pela CNV (BRASIL, 2014a, p. 212).

O relatório da Comissão Nacional da Verdade acerca das violações de direitos humanos contra os povos indígenas estima que cerca de 8.350 indígenas foram mortos em decorrência da ação ou da omissão de agentes governamentais (BRASIL, 2014a, p. 250). O documento deixa claro que essa estimativa leva em conta apenas casos documentados que davam margem a alguma estimativa. No entanto, enfatiza que o número de mortos e afetados deve ser muito maior, já que não se conhece com completude o que de fato ocorreu naquele período, tendo em vista que apenas uma pequena parcela dos afetados foi analisada.

O capítulo do relatório que fala sobre a temática indígena conta com pouco mais de 50 páginas e retrata violações aos direitos humanos desses povos durante a ditadura militar. São vários exemplos, desde remoções forçadas a contaminações propositais, promovidas por agentes de Estado, via órgãos que deveriam oferecer proteção àqueles povos, como o Serviço de Proteção ao Índio – SPI e a Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

Apesar de o próprio relatório assumir suas limitações em razão da grande possibilidade de se desconhecer inúmeros casos, seu conteúdo contém grande avanço para a temática indígena. A iniciativa faz parte

de uma série de projetos de Justiça de Transição que buscam trazer visibilidade àqueles que foram vítimas das arbitrariedades cometidas em um período repleto de ilegalidades. A Justiça de Transição, que pode ser definida como um conjunto de ações e estudos que visam a superar momentos de conflito e de violação de direitos humanos contra determinado grupo social, tem como base a promoção dos direitos à memória e à verdade (VAN ZYL, 2009, p. 115).

O Conselho de Segurança da ONU designa que a Justiça de Transição pode ser definida como um complexo de medidas (judiciais ou não) para enfrentar o legado de violência em massa do passado, com o objetivo de atribuir responsabilidades e exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, fortalecendo as instituições com valores democráticos, bem como garantir a não repetição das atrocidades (ONU, 2004).

O projeto de justiça transicional tem como objetivo trazer, com transparência, o que de fato ocorreu em determinado período, fazendo com que a sociedade conheça os diversos crimes cometidos, bem como as vítimas, os culpados e os danos causados. A Comissão Nacional da Verdade buscou, portanto, trazer à tona a verdade acerca dos acontecimentos do período militar, objetivando revelar fatos ocultados ou omitidos pelo governo da época.

A sentença proferida na Ação Civil Pública nº 0064483-95.2015.4.01.3800, ajuizada pelo Ministério Público Federal, menciona a Justiça de Transição como objeto da demanda, considerando a prática de violações aos direitos indígenas ocorridas no Estado de Minas Gerais, mais precisamente no Reformatório Agrícola Indígena Krenak. A ação judicial colocou que as reparações devem ser voltadas à realização de diversas medidas, como o pedido público de desculpas ao Povo Krenak, ações de reparação ambiental das terras degradadas, ações e iniciativas voltadas ao registro, transmissão e ensino da língua Krenak, como forma de resgatar e preservar sua memória e cultura (TRF1, 2021).

O próximo item, portanto, irá relatar o conteúdo da decisão judicial e seus possíveis reflexos para a Justiça de Transição.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0064483-95.2015.4.01.3800

A Ação Civil Pública nº 0064483-95.2015.4.01.3800 foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União, Estado de Minas Gerais, Fundação Nacional do Índio – FUNAI, Fundação Rural Mineira – RURALMINAS (posteriormente extinta e substituída pelo Estado de Minas Gerais) e Manoel dos Santos Pinheiro, e tem como objeto as violações aos direitos indígenas ocorridas durante o período da ditadura militar brasileira de 1964/1985 (TRF1, 2021).

O Ministério Público Federal apurou, no Inquérito Civil nº 1.22.000.000929/2013-49 (subsidiado pelo parecer técnico psicológico), diversas violações aos direitos indígenas ocorridas no interior do Estado de Minas Gerais, mais precisamente no Reformatório Agrícola Indígena Krenak, instalado no Município de Resplendor, no ano de 1969, sucedido pelo confinamento de diversos índios na Fazenda Guarani, em Carmésia, em 1972, bem como pela criação da Guarda Rural Indígena – GRIN, também no ano de 1969 (TRF1, 2021).

A decisão enumera quatro questões para a análise: a criação da Guarda Rural Indígena – GRIN em 25.09.69, conforme Portaria nº 231 – FUNAI; a instalação do Reformatório Agrícola Indígena Krenak, na antiga área do Posto Indígena Guido Marlière, na região de Resplendor/MG – 1969; a transferência dos índios Krenak da região de Resplendor para a Fazenda Guarani, em Carmésia/MG – 1972; e a responsabilização do Capitão Manoel dos Santos Pinheiro (TRF1, 2021).

Há, ainda, um relato dos argumentos de defesa dos réus. O Estado de Minas Gerais alegou: a existência de política educacional estadual voltada exclusivamente para a comunidade indígena Krenak; a impossibilidade de se compensar danos morais consumados em ordem constitucional anterior; a impossibilidade de decisão judicial determinar a restauração da sede da Fazenda Guarani, com a implantação de centro de memória, sob pena de ofensa à discricionariedade administrativa; a inadequação da imposição de multa diária à pessoa jurídica de direito público; e a inexistência de degradação ambiental passível de recuperação pelo Estado (TRF1, 2021).

A FUNAI requereu que fossem feitos esforços para que as ações ambientais promovidas pela Vale e Samarco, na região do Rio Doce, possam também contemplar as áreas ocupadas pelos Krenak e alegou a impossibilidade de se contratar profissional para traduzir os diplomas legais no prazo requerido, entendendo serem mais úteis ações de fortalecimento linguístico da língua Krenak. Quanto ao pedido para que seja feita a entrega de toda documentação referente ao povo Krenak, a autarquia requereu que sejam entregues apenas as cópias dos documentos, preservando-se os originais. Relativamente ao pedido de restauração da sede da Fazenda Guarani e à criação de um centro de memória, argui que se trata de pedido incerto e indeterminado, pois dependeria de consulta ao povo Pataxó, atualmente ocupante do mencionado imóvel rural. Aduziu que não há como concluir o processo administrativo para identificação e demarcação da terra indígena Krenak no prazo solicitado, em face da carência de recursos humanos e financeiros para custear procedimento dessa complexidade (TRF1, 2021).

A União Federal arguiu preliminarmente sua ilegitimidade para figurar como réu, a impossibilidade jurídica do pedido, bem como a inadequação da ação. Quanto ao mérito, adotou as razões já expostas pela FUNAI para que fosse julgado improcedente o pedido (TRF1, 2021).

A RURALMINAS, entidade estatal que realizava estudo sobre demarcação de terra indígenas, alegou, como preliminar, a carência de ação, pois não teriam sido identificadas as áreas por ela tituladas, bem como seria parte ilegítima para figurar no polo passivo, pois, no período indicado, apenas teria cumprido sua missão institucional (TRF1, 2021).

O Capitão Manoel dos Santos Pinheiro apresentou contestação, alegando sua ilegitimidade passiva e afirmando que os atos atribuídos decorreram do estrito cumprimento de dever legal, dentro de um complexo sistema estatal para tratar a questão indígena. Pugnou, como preliminar, a incompetência da Justiça Federal e, como prejudicial de mérito, a prescrição dos delitos a ele imputados. No mérito, requereu a improcedência do pedido (TRF1, 2021).

O próximo subitem irá abordar a criação da Guarda Rural Indígena – GRIN e sua relação com as violações aos direitos indígenas.

2.1 Criação da Guarda Rural Indígena – GRIN.

A Guarda Rural Indígena – GRIN foi criada com a edição da Portaria nº 231 da Presidência da FUNAI, em 25 de setembro de 1969, como um grupamento destinado a exercer o policiamento das terras indígenas. O principal objetivo da Guarda Rural Indígena seria impedir que os silvícolas abandonassem as suas áreas com o intuito de praticar assaltos e pilhagens nas povoações e propriedades rurais próximas dos aldeamentos. A GRIN era formada tanto por índios recrutados nas aldeias, quanto por índios “aculturados”, estando subordinada diretamente ao órgão regional da FUNAI, então comandada pelo réu Capitão Pinheiro (TRF1, 2021).

A primeira turma da Guarda Rural Indígena foi treinada pela Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG) e era composta por 84 (oitenta e quatro) indígenas de diferentes etnias e regiões do país, entre elas as etnias Craós (Maranhão), Xerente (Goiás), Carajás (Pará), Maxakalí (Minas Gerais) e Gaviões (Tocantins).

A decisão destacou, conforme foto constante nos autos, a solenidade de formatura da 1ª turma da GRIN, realizada em Belo Horizonte, em 05/02/70, na qual há uma imagem de um índio dependurado em um “pau de arara”, instrumento utilizado para infligir castigos físicos aos prisioneiros, em especial no período ditatorial de 1964-1985 (TRF1, 2021).

A decisão judicial concluiu que a Guarda Rural Indígena – GRIN, criada pela Portaria FUNAI nº 231/69, se tratava, basicamente, de milícias armadas, integradas por índios de etnias variadas. Frisou que a estratégia estatal de destacar indígenas para comporem a guarda, que fiscalizaria suas próprias comunidades, era assaz maliciosa e visava, sobretudo, a instigar conflitos físicos e psicológicos entre os índios de uma mesma tribo, esfacelando sua integridade e identidade (TRF1, 2021).

O próximo subitem irá abordar a criação do Reformatório Agrícola Indígena Krenak em 1969.

2.2 Instalação do Reformatório Agrícola Indígena Krenak, na antiga área do Posto Indígena Guido Marlière, na região de Resplendor/MG

O Reformatório Agrícola Indígena Krenak foi instalado pela FUNAI e pela Polícia Militar de Minas Gerais em 1969, na área do Posto Indígena Guido Marlière (PIGM), onde viviam os índios Krenak (hoje, a Terra Indígena Krenak), à margem esquerda do Rio Doce, no Município de Resplendor/MG. A área em que funcionou o referido reformatório foi doada pelo Estado de Minas Gerais à União, em 1920, conforme Lei nº 788, de 18/09/1920, e Decreto nº 5.462/20 (TRF1, 2021).

Posteriormente, o imóvel foi envolvido em permuta com a Fazenda Guarani, de propriedade do Estado de Minas Gerais, com a transferência forçada dos índios, por ação da Polícia Militar de Minas Gerais e da RURALMINAS, que, na sequência, procedeu à indevida titulação das terras do citado reformatório em favor de posseiros que já haviam invadido parte do território indígena (TRF1, 2021).

Inúmeros documentos oficiais comprovaram a existência do estabelecimento prisional como o Ofício nº 02/PRES – FUNAI, no qual há a solicitação ao Juiz Corregedor dos Presídios e a Polícia Judiciária de São Paulo para detenção do índio Itamair Nambiquara e envio ao Reformatório Krenak. O Ofício FUNAI nº 103/70 lista uma relação dos índios confinados no Reformatório Krenak e enviados para “prestar serviços” no Posto Indígena Engenheiro Mariano de Oliveira, em Maxakalí (TRF1, 2021).

Consta que o reformatório recebeu, no mínimo, 94 (noventa e quatro) índios provenientes de mais de 15 (quinze) etnias (Karajá, Campa, Maxakalí, Fulni-Ô, Canela, Kaiowá, Pankararu, Kaingang, Pataxó, Xerente, Terena, Kadiwéu, Bororo, Urubu, Krahô, Guajajara), oriundos de ao menos 11 (onze) estados das 5 (cinco) regiões do país (TRF1, 2021).

Os índios chegavam ao Reformatório Krenak sem uma “pena” previamente definida a cumprir, de forma que o tempo de permanência na instituição dependeria de uma análise da autoridade responsável, no caso, o réu Manoel dos Santos Pinheiro, conhecido como “Capitão Pinheiro” (TRF1, 2021).

A decisão destacou, ainda, entrevista do Capitão Pinheiro ao Jornal do Brasil, em 27 de agosto de 1972:

Não aplicamos pena em crenaque. O índio, pelo seu comportamento, é quem vai determinar o seu tempo de permanência na colônia. Ali ele receberá toda a assistência possível e trabalhará. Se for arreado, violento, será posto sob vigilância contínua e trancafiado ao anoitecer. Senão, terá liberdade suficiente para locomover-se na colônia (TRF1, 2021).

A decisão deixa claro que havia enorme violência no reformatório e que a instituição mais se aproximava de um “campo de concentração”. Havia tortura, trabalhos forçados e precárias condições de confinamento sob prisão arbitrária.

O próximo subitem irá abordar o contexto da transferência forçada dos índios Krenak da região de seu aldeamento, em Resplendor, para a Fazenda Guarani.

2.3 Transferência dos índios Krenak da região de Resplendor para a Fazenda Guarani, em Carmésia/MG, em dezembro de 1972

A ocupação da Fazenda Guarani foi decorrente de permuta (efetivada por meio da Lei Estadual nº 5.875/72) realizada entre a RURALMINAS e a FUNAI. Os índios, incluindo os Krenak, que ocupavam o Posto Indígena Guido Thomas Marlière – Reformatório Krenak, na região de Resplendor/MG, foram compulsoriamente transferidos para uma fazenda localizada na cidade de Carmésia/MG, havendo relatos de que diversos índios, contrários à transferência, foram amarrados e enviados à força (TRF1, 2021).

Com a transferência dos índios para a Fazenda Guarani, a RURALMINAS conferiu títulos de propriedade a posseiros que ocuparam grande parte das terras do antigo posto indígena em Resplendor, sendo que, em 1993, essa transferência dos títulos de propriedade foi declarada inconstitucional pelo STF, nos autos da Ação Cível Originária 323-7-/MG (TRF1, 2021).

Cerca de 8 anos após sua remoção compulsória, e devido às precárias condições de sobrevivência na Fazenda Guarani, os Krenak decidi-

ram voltar às suas terras em Resplendor. Documentos oficiais, como o Relatório IEPHA e o Plano de Desenvolvimento Comunitário Krenak, relativo à Fazenda Guarani, também comprovam a existência de trabalho indígena na agricultura. Foi constatada a coerção dos índios a trabalhos forçados (TRF1, 2021).

Além do confinamento e da exigência de trabalhos forçados, as condições ambientais da região da Fazenda Guarani eram totalmente diferentes das condições da área por eles habitada em Resplendor, na região do Rio Doce. Há laudo psicológico detalhado a respeito do impacto de toda a violência a que os índios foram submetidos, tanto no Reformatório Krenak, quanto no exílio forçado para a Fazenda Guarani (TRF1, 2021).

2.4 Da responsabilidade atribuída ao Capitão Manoel dos Santos Pinheiro

A decisão aponta o protagonismo de Manoel dos Santos Pinheiro, conhecido como “Capitão Pinheiro”, que, sendo capitão da Polícia Militar de Minas Gerais, foi nomeado chefe da Ajudância Minas-Bahia, órgão regional da FUNAI (Portaria nº 110, de 12/12/1968) para a coordenação e administração do Reformatório Krenak, tendo participação efetiva na transferência compulsória dos indígenas para a Fazenda Guarani, além de participar da criação da GRIN – Guarda Rural Indígena (TRF1, 2021).

Há diversas passagens sobre a atuação na chefia do órgão regional da FUNAI, inclusive ofício assinado, relatando a disponibilidade da área do Posto Krenak, em Resplendor, em virtude da permuta realizada com a Fazenda Guarani (TRF1, 2021).

Dentre as inúmeras provas coletadas, destacam-se as referências dos índios ao Capitão Pinheiro, tomadas em depoimentos colhidos pelo MPF, provas que demonstram o abusivo exercício de poder por parte do réu, cuja atuação extrapolou a já ilegal e arbitrária orientação estatal (TRF1, 2021).

Destaque para o trecho do depoimento de Douglas Krenak, constante na folha 527 dos autos:

depois foi construído o presídio (Reformatório Krenak), sob responsabilidade do Capitão Pinheiro...se um militar queria uma índia, ela

tinha que dormir com ele e o marido ficava preso. E isso aconteceu muitas vezes. O próprio Capitão Pinheiro vinha de vez em quando na aldeia Krenak e praticava estes atos de violência sexual contra as mulheres (TRF1, 2021).

Relatados os temas centrais da decisão judicial, o próximo subitem irá abordar os limites da condenação.

2.5 Condenação

A sentença proferida entendeu que a União, a FUNAI e o Estado de Minas Gerais deverão realizar, no prazo de seis meses, após consulta prévia às lideranças indígenas Krenak, cerimônia pública, com a presença de representantes das entidades réis, em nível federal e estadual, na qual serão reconhecidas as graves violações de direitos dos povos indígenas, seguida de pedido público de desculpas ao povo Krenak, com ampla divulgação junto aos meios de comunicação e canais oficiais das entidades réis (TRF1, 2021).

Já a FUNAI deverá concluir o Processo Administrativo nº 08620-008622/2012-32, de identificação de delimitação da terra indígena Krenak de Sete Salões/MG, no prazo de 6 meses e, efetivada a delimitação territorial, estabelecer ações de reparação ambiental das terras degradadas pertencentes aos Krenak, sem prejuízo da participação em medidas reparatórias que constem do acordo da União com as empresas Vale e Samarco e que tenham atingido os limites do território indígena (TRF1, 2021).

Em conjunto, a FUNAI e o Estado de Minas Gerais deverão implementar a efetiva participação do povo Krenak, ações e iniciativas voltadas ao registro, transmissão e ensino da língua Krenak, de forma a resgatar e preservar a memória e cultura do referido povo indígena, com a implantação e ampliação do Programa de Educação Escolar Indígena, medida mais efetiva do que a simples tradução de documentos oficiais para a língua Krenak (TRF1, 2021).

A União foi condenada a reunir e sistematizar toda documentação relativa às graves violações dos direitos humanos contra os povos indígenas e que digam respeito à instalação do Reformatório Krenak, à transferência

forçada para a Fazenda Guarani e ao funcionamento da Guarda Rural Indígena, disponibilizando-a na internet, no prazo de 6 meses, em endereço eletrônico específico, para livre acesso do público (TRF1, 2021).

A sentença declarou, ainda, a existência de relação jurídica entre o réu Manoel dos Santos Pinheiro e a União, a FUNAI e o Estado de Minas Gerais, que, como agente público responsável, praticou violações de direitos contra os povos indígenas, como a criação e instalação da Guarda Rural Indígena, a administração do Reformatório Krenak e a transferência compulsória dos índios para a Fazenda Guarani, em Carmésia/MG (TRF1, 2021). A decisão não acolheu pedido para retirada dos proventos de aposentadoria do réu, que é militar, considerando que tal pedido deverá ser objeto de ação específica na Justiça Estadual Militar (TRF1, 2021).

3. CONCLUSÕES

As políticas para povos indígenas do Estado brasileiro levaram a inúmeras violações. Os indígenas Krenak sofreram violações por parte do Estado desde a colonização portuguesa. Instituiu-se todo um sistema de repressão de divisões militares e quartéis, intensificado no século XIX. No século XX, atos do regime militar (1964-1985) quase os levaram à extinção. O presente artigo, então, analisou as ações estatais da ditadura militar que causaram diversos danos ao povo Krenak, como também a outras etnias, quais sejam, a criação da Guarda Rural Indígena (GRIN), a instalação do presídio indígena em suas terras, chamado “Reformatório Krenak”, e o deslocamento forçado para outro centro de detenção indígena, chamado “Fazenda Guarani”. Esses três episódios estão presentes tanto no Relatório da Comissão Nacional da Verdade, Volume II (Textos temáticos), como na Ação Civil Pública nº 64483-95.2015.4.01.3800 (14ª Vara da Justiça Federal em Minas Gerais), impetrada pelo Ministério Público Federal, em 16 de dezembro de 2015. A sentença proferida concedeu diversos pedidos, inclusive, alguns que poderão reparar possíveis danos à cultura dos Krenak e fazer a devolução de território ao povo Krenak. Há demonstração de que o povo Krenak foi submetido a humilhação e desagregação social. Muitos foram os

atos violadores, como privação de liberdade, trabalho forçado, violência sexual, tortura, remoção forçada etc. Os Krenak foram impedidos, ainda, de utilizarem seus nomes originais, de falarem sua língua e de realizarem seus cultos, danças e rituais.

A decisão judicial condenou a União, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e o Estado de Minas Gerais por violações aos direitos humanos e crimes cometidos contra os Krenak, respaldados em políticas públicas e instituições estatais criadas especificamente para essa finalidade, durante o período da ditadura militar no Brasil (1964-1985).

Todas as medidas determinadas na decisão judicial têm como principal resultado a aplicação do modelo de reparação emoldurado pela Justiça de Transição, que lança o delicado desafio de romper com o passado autoritário. A justiça transicional está ligada aos processos históricos de luta em prol da transição de ditaduras para regimes democráticos e busca confrontar o abuso do passado e servir de apoio para a transformação política, reafirmando o respeito aos direitos humanos. O respeito à memória e à verdade é medida necessária para a construção de uma transição democrática e de reparação às violações perpetradas por agentes estatais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, Brasília, 2006.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório: textos temáticos. Brasília, 2014a. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>

BRASIL. Ministério do Interior. Relatório Figueiredo, 1968. Disponível em: <http://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=museudoindio>.

CABRAL, Rafael Lamera Giesta; MORAIS, Vitória Larissa Dantas. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 11, n. 1, p. 106-122, jan./jun. 2020.

FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. (Org.). Memória do SPI: Textos, Imagens e Documentos sobre o Serviço de Proteção aos Índios (1910-1967). Rio de Janeiro: Museu do Índio/FUNAI, 2011.

Mapa dos Conflitos. MG – Povo indígena Krenak segue lutando por reconhecimento e demarcação total de seu território tradicional. Disponível em :<http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/mg-povo-indigena-krenak-segue-lutando-por-reconhecimento-e-demarcacao-total-de-seu-territorio-tradicional/>.

ONU. Report Security General S/2004/616. Disponível em: <<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/the-rule-of-law-and-transitional-justice-in-conflict-and-post-conflict-societies-report-of-the-secretary-general/>>.

Socioambiental. Povos Indígenas no Brasil – Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Krenak>.

TRF – Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sentença da Ação Civil Pública – 0064483-95.2015.4.01.3800. Disponível em <<https://portal.trf1.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C90825E7BE3C063017BE58D36CC08DE>>.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia** Política e Justiça de Transição, n. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

CONSECTÁRIOS DO ACORDO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL ENTRE BRASIL E UNIÃO EUROPEIA PARA A PERSECUÇÃO DE CRIMES TRANSNACIONAIS

Ronaldo Alves Marinho da Silva

Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor adjunto da Universidade Tiradentes. Delegado de Polícia Civil do Estado de Sergipe.

Nathalya Fontes Monteiro

Advogada, com experiência em Direito Empresarial, contratos bancários e recuperação de crédito. Pós-graduanda em Direito Processual Civil Contemporâneo pela UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Submetido em: 04/08/2022

Aprovado em: 25/08/2022 e 26/08/2022

RESUMO: Os crimes transnacionais adquiriram proporção concomitantemente ao processo de globalização. Tendo em vista a peculiaridade dos crimes transnacionais, isto é, o envolvimento de dois ou mais Estados na persecução penal, provoca nos entes estatais a necessidade de se (re)criar um espaço de segurança jurídica e combate à criminalidade transnacional através da Cooperação Internacional Jurídica. O presente trabalho busca apresentar os principais mecanismos tradicionais de cooperação jurídica contidos no ordenamento jurídico brasileiro, suas hipóteses de cabimento e tramitação. Em seguida, analisa-se o liame entre Brasil, União Europeia, através da EUROPOL e os crimes transnacionais. Por fim, este artigo analisa os consectários advindos da utilização de redes de cooperação internacional em matéria penal, tendo como objeto o Decreto

nº 10.364 de 2020, celebrado entre o Serviço de Polícia Europeu e a República Federativa do Brasil e a sua repercussão na persecução de crimes transnacionais entre Brasil e União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: crime transnacional; cooperação jurídica internacional; redes de cooperação.

ABSTRACT: Transnational crimes have acquired proportion at the same time as the globalization process. In view of the peculiarity of transnational crimes, that is, the involvement of two or more States in criminal prosecution, it provokes in State entities the need to (re)create a space of legal security and fight against transnational crime through International Legal Cooperation . This paper seeks to present the main traditional mechanisms of legal cooperation contained in the Brazilian legal system, its hypotheses of appropriateness and procedure. Then, the link between Brazil, the European Union, through EUROPOL and transnational crimes is analyzed. Finally, this article analyzes the consequences arising from the use of international cooperation networks in criminal matters, having as its object Decree no. 10,364 of 2020, signed between the European Police Service and the Federative Republic of Brazil and its repercussion in the prosecution of transnational crimes between Brazil and the European Union.

KEYWORDS: transnational crime; international legal cooperation; cooperation networks.

ACORDO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL ENTRE BRASIL E UNIÃO EUROPEIA PARA A PERSECUÇÃO DE CRIMES TRANSNACIONAIS

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do fenômeno da globalização e um fluxo dinâmico de bens, dados, capitais e pessoas para além das zonas limítrofes dos territórios nacionais, os crimes se modificaram, se expandiram para além das fronteiras

ras étnicas e geográficas, com um *modus operandi* mais complexo, disperso e organizado, ampliando a prática de delitos de caráter transnacional.

Os crimes transnacionais podem ser conceituados a partir da observância do art. 3º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que afirma que a infração será de caráter transnacional se: a) for cometida em mais de um Estado; b) for cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tiver lugar em outro Estado; c) for cometida num só Estado, mas envolver a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou d) for cometida num só Estado, mas produzir efeitos substanciais noutro Estado (BRASIL, 2004).

Os delitos transnacionais são práticas altamente rentáveis para as organizações criminosas e, de acordo com a ONU, desde o início do século XXI, o crime organizado vitimou tantas pessoas quanto todos os conflitos armados em todo o mundo. Além disso, assim como os conflitos armados, o crime organizado desestabiliza os países, prejudica o desenvolvimento socioeconômico e corrói o Estado de Direito (UNDOC, 2019, tradução nossa). A complexidade do enfrentamento dos crimes transnacionais reside no fato de:

a territorialidade do processo penal entra em tensão com os limites da jurisdição executiva impostos pelo princípio da não ingerência, na medida em que um Estado não pode enviar os seus agentes para colher prova ou deter um suspeito/acusado/condenado que se encontram no território de outro Estado. Essa tensão só pode resolver-se por meio da cooperação judiciária. (CAIERO, 2019, p. 4)

Nesse sentido, destaca-se a União Europeia (UE), o maior bloco econômico do mundo. A UE é conhecida pela livre circulação de bens, serviços, pessoas e mercadorias. Atualmente, com vinte e oito países participantes, nota-se que o fluxo, quase que indiscriminado de migrantes e imigrantes europeus dentro desse vasto território, não ficou incólume à criminalidade transnacional. Dentre as principais problemáticas enfrentadas nesse sentido, tem-se o tráfico de pessoas e o mercado de drogas ilícitas, o qual cons-

titui-se uma das principais ameaças para a segurança do bloco, que conta com o auxílio desde 1998 da *European Union Agency for Law Enforcement Cooperation*, o Serviço Europeu de Polícia, a EUROPOL.

A EUROPOL é uma agência da União Europeia sediada na Haia, nos Países Baixos, que presta apoio aos vinte e sete estados-membros da UE no âmbito da luta contra as formas graves de criminalidade internacional e de terrorismo. Além disso, coopera ainda com muitos países terceiros e organizações internacionais.

Na contramão do crime, países do mundo inteiro vêm tentando adotar políticas e medidas que acompanhem o avanço das práticas delitivas transnacionais, a fim de aniquilar a força motriz criminoso através da detecção, interpelação e punição de seus agentes delitivos. No combate à criminalidade transnacional, a relevante complexidade organizativa e técnica dos agentes, bem como a interligação e a especialização cada vez maiores de organizações criminosas envolvidas em diferentes territórios, faz com que a Cooperação Jurídica Internacional (CIJ) figure como a principal ferramenta estatal para o seu enfrentamento.

No cenário contemporâneo pós-globalização, as parcerias entre autoridades nacionais estão tornando-se cada vez mais preponderantes para efetividade da persecução criminal no plano internacional. Isso ocorre devido ao fato de a cooperação ser uma ferramenta útil que desemboca na partilha de informações a nível intersetorial, tanto dentro de cada país como entre os diversos países, além de garantir maior celeridade quando da realização de procedimentos investigatórios internacionais, que costumam ser morosos e copiosamente burocráticos, posto que envolvem dois ou mais Estados dotados de soberania e jurisdição doméstica distintas.

Partindo da premissa de que é preciso cooperar e pedir cooperação para vencer a criminalidade transnacional, o fluxo de atos de cooperação jurídica internacional tem se intensificado nos últimos anos. Nesse sentido, o presidente da República Federativa do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, promulgou o Acordo de Cooperação Estratégica com a EUROPOL em 21 de maio de 2020, através do Decreto nº 10.364, que havia sido firmado em Haia em 11 de abril de 2017 (BRASIL, 2020).

Trata-se de uma pesquisa de método dedutivo, de caráter bibliográfico, que fará um levantamento em textos normativos, banco de teses e dissertações e na doutrina referenciada sobre o tema. O presente artigo tem por objetivo analisar a forma de cooperação jurídica internacional que se estabeleceu entre o Brasil e a União Europeia através do Decreto nº 10.364 e os seus reflexos no combate aos crimes transnacionais.

Inicialmente será apresentado o conceito de “cooperação jurídica internacional” (CIJ) e suas formas sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro. Consecutivamente, far-se-á uma análise da EURO-POL e suas atribuições, procurando destacar os possíveis interesses do Brasil nessa tratativa, bem como perspectivas futuras no combate aos crimes transnacionais no contexto pós-acordo na persecução penal dos referidos crimes.

2 MODALIDADES DE COOPERAÇÃO JURÍDICA

A persecução penal, em se tratando de crimes transnacionais, por envolver mais de um Estado, trata-se de um procedimento essencialmente complexo. A complexidade é observada quer seja pelo fato de haver um conflito entre jurisdições de dois ou mais estados soberanos, o que faz com que muitas vezes uma questão jurídica esteja intrinsecamente ligada à fatores políticos e diplomáticos, ou, ainda, pelo fato de o conceito de crime e suas tipificações não serem os mesmos partilhados entre todas nações, afinal, eles são o resultado de concepções políticas, étnico-culturais, sociais, ambientais e até mesmo do sistema jurídico do Estado.

Diante da problemática esposada, a persecução penal transnacional finda-se sendo um longo e, por vezes, infrutífero caminho percorrido pelo Estado-Administração, a fim de punir e reprimir agentes criminosos que atuam nesse âmbito. Tendo em vista a necessidade de assegurar a efetivação da tutela jurisdicional dos litígios internacionais, surgiu o conceito de “cooperação jurídica internacional”, que possibilita a solicitação de auxílio a procedimentos de caráter investigatório, administrativo ou judicial que sejam fundamentais para o deslinde de casos concretos em andamento. A partir desta premissa maior, pode-se conceituar a CIJ como:

[...] em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado. Decorre do fato de o Poder Judiciário sofrer uma limitação territorial de sua jurisdição – atributo por excelência da soberania do Estado –, e precisar pedir ao Poder Judiciário de outro Estado que o auxilie nos casos em que suas necessidades transbordam de suas fronteiras para as daquele. Hoje, a cooperação internacional evoluiu e abarca, ainda, a atuação administrativa do Estado, em modalidades de contato direto com os demais entes estatais. (ARAÚJO, 2013, p. 50)

A necessidade de um Estado regulamentar instrumentos de CIJ advém da demanda internacional por mecanismos que permitam às autoridades competentes dos Estados prestar auxílio recíproco para executarem, em seu respectivo país, atos processuais que sejam oriundos de processos que acontecem noutra. Destaque-se ainda que os instrumentos de CIJ, no ordenamento jurídico brasileiro, são utilizados tanto para a cooperação no âmbito cível quanto no penal, porém com abrangências diferentes na respectiva seara.

A internacionalização de assuntos antes pertencentes unicamente ao âmbito interno dos estados possui uma forte tendência expansiva, abrangendo também ao direito penal. Para levar esse tema à discussão na esfera internacional foi necessário um longo processo de aproximação dos estados em outras áreas. A cooperação internacional teve início e intensificou-se, sobretudo na esfera comercial, passando então paulatinamente a abranger outros assuntos. Essa evolução na abrangência de temas objetos de cooperação, resulta da vontade de promover uma melhor inserção internacional de cada estado. (BORGES, 2010, p. 1.159)

No caso específico do Brasil, a regulamentação, no tocante à CIJ, encontra-se de forma esparsa e fragmentada. Esparsa no sentido de não haver uma lei específica que regule a CIJ, e fragmentada porque a sua regulação se dá através da observância de várias espécies normativas, desde a Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CRFB) e tratados internacionais até portarias do Ministério da Justiça e os regimentos internos dos tribunais superiores.

Da observância do ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar seis modalidades de CIJ em matéria penal vigentes; são elas: a extradição, a entrega (modalidade específica do Tribunal Penal Internacional), a transferência de apenados, a homologação de sentença penal estrangeira, a carta rogatória, o auxílio direto e as redes de cooperação internacional.

Antes de passar a tratar mais especificamente sobre as modalidades de CIJ, impende falar sobre o principal personagem dessa conexão jurídica: a autoridade central. “Autoridade central” trata-se da terminologia técnica aplicada ao órgão interno responsável pela condução da cooperação jurídica entre os Estados. No Brasil, quem exerce esse o papel de autoridade central para cooperação jurídica internacional é o Ministério da Justiça, e o faz por meio do DRCI (Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional) e do DETET (Departamento de Estrangeiros), nos termos do Decreto nº 9.662 de 2019.

A essa autoridade, é atribuído o gerenciamento dos pedidos de auxílio, sendo de sua competência a transmissão às outras autoridades estrangeiras, posterior à realização de um prévio juízo de admissibilidade. O referido juízo de admissibilidade não corresponde à análise do mérito das demandas, mas, sim, de pressupostos processuais gerais e específicos genéricos da modalidade de CIJ a que se destina, como, por exemplo, em um caso de extradição, posto que o Brasil adota o Sistema de Contenciosidade Limitada, como transcreveu o relator ministro Edson Fachin no julgamento da Extradicação nº 1.526, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 2018, a saber:

A ação de extradição passiva não confere, ao Supremo Tribunal Federal, qualquer poder de indagação probatório em que a postulação se apoia. O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradição perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018).

O caso em questão tratava-se de pedido de extradição instrutória do nacional chileno, formulado pela República Argentina com fundamento no

art. 4º do Tratado de Extradicação firmado entre Argentina e Brasil, promulgado pelo Decreto nº 62.979/1968. A solicitação foi precedida de pedido de prisão preventiva para fins de extradição (PPE 842), formulado pelo Ministério da Justiça e instruído com os documentos comprobatórios da inclusão do nome do extraditando na Difusão Vermelha A-1584/2-2017, nos quais havia a informação de que o estrangeiro teria, contra si, expedido mandado de prisão *pelo Juzgado Nacional en lo Criminal de Instruccion* nº 40, situado na Argentina.

O pedido de prisão preventiva do extraditando fora efetivado ainda em 2017, e sua defesa sustentou que não haveria compromisso firmado pelo Estado requerente quanto ao art. 96, II, IV e VI, da Lei nº 13.445/2017, e que o extraditando estava respondendo criminalmente em dois processos no Brasil, com pretensão de cumprir sua obrigação com o Brasil e, posteriormente, com a Argentina, situação que se constituiria como óbice para a efetivação da entrega dele, razão pela qual o pedido de extradição deveria ser indeferido.

O STF declarou que, no acórdão, não havia evidência de que o fato constituísse crime político; inexistia apontamento de que o extraditando responderia, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção e que, da análise dos documentos acostados aos autos, não se poderia concluir que o extraditando fosse beneficiário de refúgio, tampouco de asilo.

Diante disso, quando superados os requisitos genéricos, o Supremo entendeu não haver óbice ao deferimento da extradição, pois caberia à Corte somente a análise da legalidade externa do pedido, ou seja, as legalidades formais, de modo que a higidez da matéria subjacente não se submeteria à apreciação em razão do referido sistema de contenciosidade limitada.

Aproveitando o ensejo, a extradição, como já fora dito, é uma das seis modalidades de cooperação jurídica internacional e é utilizada a fim de submeter o estrangeiro à aplicação da lei penal do seu país de origem, com suas respectivas ressalvas, posto que “a extradição pressupõe sempre um processo penal: ela não serve para a recuperação forçada do devedor relapso ou do chefe de família que emigra para desertar dos seus deveres de sustento da prole” (REZEK, 2005, p. 197).

A extradição no Brasil é prevista no artigo 50, incisos LI e LII, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988). O instituto encontra guarita também nos arts. 76 a 94 da Lei nº 13.445/2017, denominada Lei de Migração (BRASIL, 2017). Segundo Patrícia Maria Núñez Weber:

Extradição é o instituto básico da cooperação penal internacional. Consiste no ato jurídico pelo qual um Estado entrega indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo. Pressupõe que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou que ao extraditando sejam aplicáveis as leis penais daquele Estado, bem como exista sentença final privativa de liberdade ou prisão decretada por autoridade competente do Estado solicitante. (WEBER, 2016, p. 27)

A Entrega é outra espécie de CIJ que se aproxima da extradição à medida que as duas tratam do envio de pessoas a fim de se submeter a jurisdição de um tribunal, porém se diferem no sentido de a extradição ser o envio de uma pessoa a fim de se submeter a jurisdição de outro Estado, ao passo que a entrega trata-se da entrega do indivíduo a um tribunal, ao qual, por um ato de soberania, o Estado manifestou interesse em submeter-se.

Em síntese, o instrumento de Entrega ao TPI (Tribunal Penal Internacional) consiste no ato jurídico pelo qual o Estado entrega indivíduo processado ou condenado pela prática de um dos cinco crimes de competência do TPI, do qual o próprio Estado requerido faz parte. Trata-se de mecanismo regulado pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, nos arts. 89 a 92 (BRASIL, 2002).

A Transferência de apenados advém de acordos bilaterais internacionais e consiste em uma modalidade de CIJ de cunho sobremaneira humanitário. “Tal instituto tem cunho humanitário, pois permite que o cumprimento de pena privativa de liberdade ocorra no meio familiar e social do condenado. Pressupõe, no Brasil, tratado de transferência com o país requerente” (BRASIL, 2016, p. 30). Noutras palavras, a fase de cumprimento de pena, em regra privativa de liberdade, possibilita que a pessoa cumpra sua pena no país de sua nacionalidade, e, de acordo com o

site do Ministério da Justiça, em 2021, o Brasil possuía 12 (doze) tratados bilaterais de Transferência de Pessoas Condenadas e 3 (três) multilaterais (BRASIL, 2021).

No ordenamento jurídico brasileiro, a sentença estrangeira é capaz de adquirir eficácia no país, todavia, esta eficácia encontra-se condicionada a um ato formal de reconhecimento praticado por órgão nacional e, nesse caso, ter-se-á, então, a terceira modalidade de CIJ, que é a Homologação de Sentença Penal Estrangeira, também conhecida como *exequatur*. Em sua tramitação diplomática, que está regulamentada no regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, há uma cognição *sui generes*, à qual não se compõe uma lide, mas apenas se averigua a existência de determinados pressupostos que dizem respeito à decisão homologada, gerando uma nova sentença de natureza jurídica essencialmente declaratória, nos termos do art. 105, inciso I, alínea *i*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Impende frisar que o ordenamento brasileiro não admite o cumprimento, em território nacional, de pena criminal determinada em outro Estado. O artigo 9º do Código Penal (BRASIL, 1940) assevera que a sentença alienígena, quando da aplicação da lei brasileira, produz, na espécie, as mesmas consequências, podendo ser homologada no Brasil, entretanto, somente com a finalidade de obrigar o condenado à reparação do ato, à restituição e a outros efeitos civis e sujeitá-lo à medida de segurança. No mesmo sentido, discorre a relatora min. Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, ao deferir o pedido de homologação de sentença estrangeira no processo 2013/0044404-0 em 2016:

Não há ofensa à soberania nacional, pois a sentença não tratou especificamente sobre a situação dos bens imóveis, sobre a sua titularidade, mas sim sobre os efeitos civis de uma condenação penal, determinando o perdimento de bens que foram objeto de crime de lavagem de capitais. O confisco dos bens, além de ser previsto na legislação interna, tem suporte na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004, de que também é signatária a Finlândia. (BRASIL, 2016, p. 6)

O referido caso versava sobre pedido de homologação de sentença deduzido pelo Ministério Público Federal (MPF) proferida pelo Supremo Tribunal da Finlândia, em 20 de junho de 2012, em face de um homem e uma mulher. O homem fora condenado pela prática dos crimes de evasão/fraude fiscal por quatro vezes, sendo dois crimes de fraude contabilística e dois crimes de falsas declarações aos registros, às penas de 02 anos e 08 meses de prisão, somados ao impedimento ao exercício de atividades econômicas por um período de 05 anos. A mulher, por sua vez, havia recebido condenação pelo crime de branqueamento de capitais agravado, à pena de 01 ano e 04 meses de prisão. Ambos os requerentes foram condenados à perda de bens, dentre os quais, casas em nome da mulher, situadas em território brasileiro (BRASIL, 2016).

Os requeridos apelaram para a instância superior, no entanto, o Tribunal da Relação de Kouvola manteve a condenação. Ainda inconformados, os requeridos recorreram para o Supremo Tribunal da Finlândia, que, conhecendo apenas da questão relativa ao confisco dos bens, confirmou o perdimento dos bens tão somente em desfavor da mulher. Na presente ação, o Ministério Público Federal Brasileiro buscou, com base na Convenção de Palermo, a homologação da sentença de expropriação de 04 (quatro) bens imóveis reconhecidos como provenientes de atividades ilícitas, situados em Fortaleza, no estado do Ceará.

A discussão travada com o Superior Tribunal de Justiça e a Defensoria Pública que assistia os requeridos foi muito interessante ao arguir a ilegalidade do processo de *exequatour*. O acórdão em análise trouxe a informação de que, em sede de contestação, o pedido de homologação deveria ser indeferido fundando-se em ofensa à soberania nacional, pois seria de competência da autoridade judiciária brasileira conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil, de acordo com o previsto no art. 12, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como no art. 89, inciso I, do Código de Processo Civil.

Apesar da impugnação, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a sentença não tratou especificamente sobre a situação dos bens imóveis, ou ainda sobre a sua titularidade, mas, sim, sobre os efeitos civis de uma con-

denação penal, a qual determinou o perdimento de bens que foram objeto de crime de lavagem de capitais.

Não obstante, fica clarividente que, nesse caso de CIJ, também não há cognição meritória da sentença estrangeira, mas, sim, uma análise no sentido de aferir se estão presentes pressupostos gerais de específico desta modalidade.

A autoridade judiciária é competente, pois a questão de fundo refere-se a crimes praticados estrangeiro, conforme consignado na sentença. A certidão do trânsito em julgado do processo de origem está nos autos, devidamente traduzida” [...]. Vê-se, portanto, que todos os requisitos formais foram atendidos, em conformidade com os arts. 216-C e 216-D do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça na Finlândia. Também há prova de que os requeridos foram regularmente citados no processo. (BRASIL, 2016, p.9)

A Carta Rogatória é uma modalidade de cooperação jurídica marcada pela sua tramitação através da via diplomática e possui o desiderato de reconhecer o cumprimento das decisões interlocutórias da Justiça estrangeira ao passo que, no Auxílio Direto, não se trata de decisão estrangeira, mas do pedido de autoridade de outro Estado, que está requerendo que a autoridade brasileira tome uma decisão ou uma providência.

Por fim, no tocante às modalidades de cooperação, tem-se as redes de cooperação internacional em matéria penal. As redes são uma forma de cooperação jurídica internacional que objetiva a facilitação do trabalho dos órgãos nacionais encarregados de promover a cooperação. A sua operacionalização se dá essencialmente com a disponibilização de informações atualizadas e acessíveis em tempo real entre os entes cooperantes.

As redes de cooperação também são horizontais e flexíveis. São horizontais porque não há hierarquia entre os pontos de contato. A legitimidade para indicá-los é titulada pelos países e, como tais, podem se comunicar diretamente com qualquer outro ponto de contato. Essa liberdade para indicação confere flexibilidade à rede, uma vez que cada Estado é livre para ponderar, entre seus servidores que lidam com a cooperação internacional, aqueles que, por seu cargo e conhecimento, estejam melhor preparados e disponíveis para exercer as funções que lhes cabem na condição de pontos de contato. (BRASIL, 2021)

Destaque-se ainda que a CIJ pode ser classificada como ativa ou passiva. Considera-se ativa quando o requerente do auxílio se trata de um órgão brasileiro; ou passiva quando o Estado brasileiro figura como requerido. De acordo com dados fornecidos pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/SENAJUS), Autoridade Central Brasileira, o Brasil possui uma atuação predominantemente ativa no recorte temporal entre o interregno 2010 a 2020, conforme se observa na figura 01.



Fonte: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (2021).

A partir da observância dos dados referentes à Cooperação Jurídica Internacional Penal e Recuperação de ativos fornecidos pelo DRCI (BRASIL, 2021), nota-se ainda uma aproximação significativa do Brasil com países membros da União Europeia, principalmente com Portugal. A República Portuguesa lidera o quantitativo de pedidos de CIJ, tanto o total dos ativos com 19,6%, quanto os passivos com 34,7%, seguida pelos Estados Unidos, com 16,6% dos pedidos ativos e 8,5% dos passivos, contudo, outros países membros da União Europeia, como Espanha, Itália e França, também se destacam nas relações de CIJ com o Brasil.

3 CRIMES TRANSNACIONAIS, A EUROPOL E O BRASIL

O combate aos crimes transnacionais apresenta-se como um dos maiores desafios das nações no século XXI, sendo a temática a pauta central

de tratados e convenções específicas celebradas pela ONU – Organização das Nações Unidas. O interesse da ONU em formalizar acordos nessa temática reside na proporção com que o crime organizado tem se projetado no cenário internacional e seus efeitos contraproducentes nos âmbitos político, econômico e social.

A preocupação estatal em discutir a problemática dos crimes transnacionais e celebrar acordos e protocolos internacionais nesse sentido reside no fato de que muitos países não estão dando conta da demanda doméstica no sentido de prevenir e reprimir efetivamente a prática de crimes como o tráfico ilícito de entorpecentes, de armas, de drogas, isso porque “as forças policiais foram concebidas originalmente para combater crimes cuja origem e ocorrência se limitam ao território nacional. O crime organizado transnacional foge a estas características tendo um caráter de atuação notadamente supranacional” (BUDNHAK, *et al*, 2013), fato esse que torna imprescindível a celebração de acordos e ações bilaterais para ampliar a cooperação e coordenação entre os países no enfrentamento à criminalidade.

No tocante à articulação estatal, o fato de cada Estado ter a sua própria lei sobre crimes transnacionais e organizações criminosas regendo a sua jurisdição doméstica faz com que os países se tornem o substrato ideal para a sua atuação. A atuação das organizações criminosas adquire projeção na medida em que elas desenvolvem expertise para operacionalizar sua atuação nesse âmbito, se valendo dos diferentes ordenamentos jurídicos tanto para praticar crimes como para desenvolver métodos e estratégias dissuasórias para assegurar a impunidade. Nesse sentido, o autor Paulo Abrão Pires Junior (2012, p. 17) assevera:

As relações jurídicas não se processam mais unicamente dentro de um único Estado Soberano, pelo contrário, é necessário cooperar e pedir cooperação de outros Estados para que se satisfaçam as pretensões por justiça do indivíduo e da sociedade.

Desta forma, quanto mais divergências entre legislações, mais se torna interessante para as organizações criminosas, uma vez que elas se valem das diferenças normativas para cometer os crimes agindo através de estruturas flexíveis e mutáveis, e conseguem ainda ocultar-se e até mesmo auferir pro-

veito financeiro através do branqueamento de capitais, oriundos da atividade ilícita. Como exemplo, pode-se citar o comércio ilegal de armas no âmbito transnacional, o tráfico ilegal de lixo tóxico, a lavagem de capitais, etc.

Segundo estudos da ONU publicados no *Estudio Mundial sobre el Tráfico de Armas de Fuego em 2020*, a maioria das armas de fogo em circulação no mundo é fabricada em mercados legais, por fabricantes autorizados, porém, a qualquer momento de seu ciclo de vida, que é longo, acabam por ser desviadas para mercados ilegais. Na mesma pesquisa, que contou com a participação de 81 países, em se tratando do tráfico transnacional de armas, das apreensões de armas de fogo realizadas entre os anos de 2016 e 2017, observou-se que, em grande parte, elas eram fabricadas fora do país de apreensão (UNDOC, 2020, p. 8).

Ainda sobre a problemática de os diferentes ordenamentos jurídicos ser um fator preponderante a ser considerado no enfrentamento da criminalidade transnacional, nota-se que a América do Norte é a região mais proeminente identificada na origem das armas apreendidas no mundo, conforme pode-se observar na figura 02. Uma possível justificativa para tal fenômeno seria a política de armas adotada pelos Estados Unidos, tendo em vista que a Segunda Emenda da Constituição dos EUA dispõe que “uma milícia bem regulada é necessária para a segurança de um Estado livre, o direito das pessoas de ter e portar armas não deve ser infringido” (UNITED STATES, 1789, tradução nossa), assegurando assim, aos americanos, o direito de portar armas.

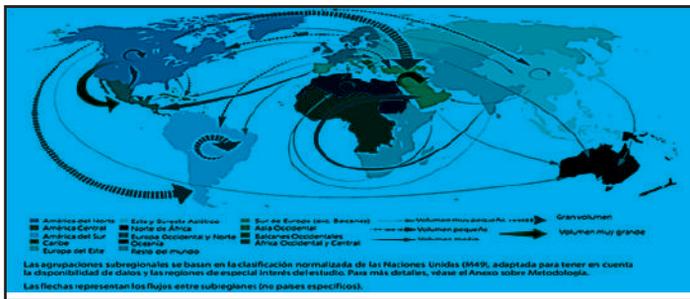


Figura 02: Principais Fluxos Transnacionais de Tráfico de Armas De Fogo (Rotas Identificadas em Armas Apreendidas) 2016-17.

Fonte: Elaborado pela UNODC com os dados do Questionário Sobre as Correntes de Armas Ilícitas e a Organização Mundial das Alfândegas (UNDOC, 2020, p. 8).

De acordo com pesquisa realizada pela organização sem fins lucrativos *Pew Research*, cerca de um terço dos adultos nos Estados Unidos afirmam possuir uma arma de uso pessoal (SCHAEFFER, 2021, tradução nossa). Essa disponibilidade de armas de fogo à população em determinados países, graças aos diferentes ordenamentos jurídicos, faz com que o países-alvos de organizações criminosas para a prática de comércio ilegal de armas em outros países que possuem políticas internas mais restritivas no tocante à posse de armas, como é o caso do Brasil.

No Brasil, as políticas sobre porte e posse de armas são mais conservadoras, somente permitindo tais direitos mediante autorização administrativa, fazendo com que o país faça parte do mercado ilícito de armas na condição de receptor. Não há previsão legal do crime de Tráfico de Armas de Fogo pelo Código Penal Brasileiro, sendo regulamentado pela Lei nº 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento –, em seus artigos 18 a 21. Da análise do *caput* do art. 18 do Estatuto do Desarmamento, temos três hipóteses de condutas que configuram o tráfico internacional de armas. A primeira delas está no núcleo do tipo “importar”, que consiste no ato de trazer de fora do país para o território brasileiro. Em seguida, a modalidade “exportar”, que é o caminho inverso, é o ato vender o produto para clientes de outros países. O tipo pune ainda quem favorece tais condutas, que é a prestação de auxílio, quer seja para entrada e ou saída, exigindo, nessa hipótese, qualidade especial do agente, ser funcionário alfândega ou o fisco facilitador, classificando-o como crime próprio.

Na União Europeia, que trata de Direito Comunitário, a matéria penal é regulamentada por meio de diretivas destinadas aos seus estados-membros. Nesse sentido, tem-se a Diretiva Europeia nº 91/477/EC (EU-R-LEX, 2021), a qual estabelece a aquisição e posse de armas de fogo civil que os estados-membros da União Europeia devem implementar em seus sistemas jurídicos nacionais. Os estados-membros da UE são livres de adotar regras mais rigorosas do que as que estão dispostas na Diretiva, o que leva à existência de distinções contrastantes na extensão quanto ao acesso legal às armas de fogo dentro do bloco.

Diante da problemática envolvendo terrorismo, narcotráfico, tráfico de armas e de pessoas e lavagem de dinheiro, que deixou de ser um problema exclusivamente nacional, a resposta teve de ser internacional. Nesse sentido, a Assembleia Geral das Nações Unidas mobilizou-se em 1988 no sentido de promover o estreitamento das relações de cooperação internacional entre os Estados como ponto convergente, a fim de enfrentar conjuntamente o crime organizado transnacional. Para tanto, organizou a criação da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional ou simplesmente Conversão de Palermo, que resultou em três protocolos, sendo concluídos no ano 2000 e ratificados pelo Estado Brasileiro em 2004, promulgados através do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, um dos principais marcos jurídicos da CIJ.

A União Europeia vem otimizando seu projeto integracionista constantemente, afinal ela precisa garantir a coexistência de 27 países com livre circulação de milhões de pessoas e de bens, tornando-se uma referência em cooperação jurídica na seara penal. A EU investiu na criação de autoridades comuns como a EUROJUST, que é a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal, criada por meio da Decisão do Conselho nº 2002/187/JAI de 28 de fevereiro de 2002 (EUR LEX, 2002), formada por um Colégio que, por sua vez, é composto por uma rede internacional de membros nacionais internos e externos ao bloco.

Não obstante, a União Europeia criou mecanismos de cooperação jurisdicional, com destaque para o Serviço Europeu de Polícia. De acordo com o Ato do Conselho Europeu de 26 de julho de 1995, a “Convenção Europol” que instituiu o Serviço, é de suma importância destacar que o Serviço Europeu de Polícia não tem poderes executivos como os serviços de polícia dos estados-membros, não podendo interpelar indivíduos nem realizar buscas domiciliares, mas a sua função é facilitar os intercâmbios de informações, analisá-las e coordenar as operações entre os estados-membros (EUR LEX, 1995).

O Brasil vem estreitando relações com a União Europeia, a princípio com tratativas de caráter econômico, avultosas para ambas as partes. De acordo com a Comissão Europeia, o Brasil é a maior economia da Amé-

rica Latina, e seu comércio com a UE representa 30,8% do comércio total da UE com a região da América Latina em 2016. O Brasil é um grande parceiro comercial da União Europeia, sendo o maior exportador mundial de produtos agrícolas para a UE (EUROPEAN COMMISSION, 2021).

[...] O Brasil e a União Europeia possuem não apenas uma longa relação comercial, mas também uma forte interdependência econômica com investimentos robustos nas duas direções dispersos nos mais diversos setores, da mineração ao agronegócio, passando pela produção de bens e serviços de alto valor agregado. O Brasil é o terceiro principal destino dos atuais fluxos mundiais de IED da UE e a UE é o principal investidor estrangeiro no Brasil. Muitas empresas europeias estão gerenciando grandes investimentos no Brasil e vice-versa, criando novas oportunidades de diversificação de mercado, transferência de tecnologia, acesso a talentos e cadeias de valor globais para negócios, maior oferta de oportunidades de trabalho para cidadãos europeus e brasileiros, além de mais seguras e acessíveis produtos e serviços. (EUROPEAN COMMISSION, 2017, tradução nossa)

Contudo, o Brasil enfrenta graves problemas com a criminalidade transnacional, sendo um desafio para a gestão estatal desenvolver políticas de segurança pública diante das atuações de organizações criminosas, agravada internamente por fatores socioeconômicos como o desemprego, a desigualdade social e a violência, condições que amplificam as consequências de crimes como branqueamento de capitais, tráfico de entorpecentes e tráfico de armas.

O Brasil tem cotejado dificuldades em lidar com a crimes que ultrapam o seu território nacional. A dificuldade reside no fato de que para garantir a segurança interna do País, as polícias nacionais, com destaque para PF - Polícia Federal brasileira, precisam de informações e controle sobre atividades que ocorrem em seu próprio território e até mesmo fora dele. Sem um monitoramento atualizado, e em alguns casos difuso, das atividades criminosas a efetividade do planejamento de segurança é comprometida, e nesse sentido, a cooperação internacional com outros Estados torna-se medida salutar.

4 PERSPECTIVAS PÓS-ACORDO DE COOPERAÇÃO ESTRATÉGICA ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E EUROPOL

Tendo em vista o fenômeno da globalização, os Estados encontram-se cada vez mais interdependentes, principalmente pelo viés econômico, mas também pelo viés jurídico. A cooperação jurídica internacional tem enfrentado novos desafios. Não bastando somente a existência de instrumentos de cooperação jurídica, esses precisam ser céleres, a fim de não comprometer a efetividade da prestação estatal referente à paz e à ordem frente aos avanços das redes de organizações criminosas. É nesse contexto que surge a demanda por iniciativas complementares aos tradicionais métodos de cooperação jurídica internacional, como as redes de cooperação internacional em matéria penal.

As redes de cooperação internacional podem ser definidas como grupos que permitem a comunicação entre pontos de contato dos países por elas abrangidos. Os pontos de contato são designados pelas autoridades centrais responsáveis pela cooperação jurídica, pelo Poder Judiciário, pelos Ministérios Públicos e por outras autoridades envolvidas na cooperação internacional. Além de coordenar a atuação nacional, os pontos de contato também intermedeiam o processo da cooperação. A atuação, no entanto, não se reveste de caráter burocrático, mas se pauta pela troca de informações e pela realização de contatos informais. Com o objetivo de fortalecer a relação entre eles, são promovidos encontros periódicos entre os pontos de contato dessas redes. (BRASIL, 2021)

Tendo em vista o interesse entre a União Europeia, através do Serviço de Polícia Europeu, e a República Federativa do Brasil, para dar celeridade e efetividade às investigações penais de delitos transnacionais, ambos os entes resolveram celebrar um acordo, formando uma rede de cooperação internacional para compartilhamento de dados de forma direta. O Acordo de Cooperação entre o Brasil e o Serviço de Polícia Europeu foi instrumentado internamente no Brasil pelo Decreto nº 10.364 de 2020 e conta com 22 artigos (BRASIL, 2020), estabelecendo uma relação de cooperação por

meio do intercâmbio de informações operacionais, estratégicas e técnicas, objetivando a prevenção e o combate ao crime organizado, ao terrorismo e outras 24 formas de crime considerados graves descritos no Anexo I do Tratado, além de crimes conexos a estes.

De acordo com o Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2021), o Decreto nº 10.364 de 2020 não é o único nesse sentido, pois o Brasil já faz parte de outras redes de cooperação jurídica internacional, tendo a Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), a Rede Ibero-Americana de Cooperação Jurídica Internacional (IberRede), a Rede Hemisférica de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal da OEA, a Rede de Cooperação Jurídica Hemisférica em Matéria de Família e Infância da OEA, a Rede de Recuperação de Ativos do GAFISUD – RRAG – e a plataforma Pontos Focais de Recuperação de Ativos StAR-Interpol.

A partir de análise da Convenção da EUROPOL, nota-se que a atuação do Serviço de Polícia Europeu é viabilizada precipuamente através da criação de pontos de contato com vários Estados. Segundo disposição da referida Convenção, cada estado-membro da União Europeia deve criar ou designar uma Unidade Nacional EUROPOL (UNE). Dessa forma, cada unidade criada corresponde a um elo de ligação exclusivo entre a EUROPOL e os serviços nacionais competentes. Para compor a UNE, cada Estado deverá designar ao menos um agente de ligação, que será o encarregado de representar os interesses nacionais no âmbito da EUROPOL (EUR LEX, 1995).

O Acordo de Cooperação do Decreto nº 10.364 de 2020 prevê a criação de um ponto de contato entre o Brasil e o Serviço de Polícia Europeu em seu art. 6º, no bojo do capítulo II, que versa sobre o modo como se dará a cooperação. Cumpre observar que o anexo II do Acordo estabelece a Polícia Federal como ponto de contato nacional brasileiro.

A designação da Polícia Federal como autoridade competente na República Federativa do Brasil para figurar como ponto de contato se deu em razão das suas atribuições institucionais. A Polícia Federal é a instituição responsável, nos termos da legislação nacional, pela prevenção

e combate às infrações penais que são objeto do supracitado Acordo, que são, respectivamente, o crime organizado, o terrorismo e outras formas graves de criminalidade que afetem dois ou mais Estados, enumeradas no Anexo I do Acordo.

A Polícia Federal é um órgão vinculado e subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. A Constituição de 1988, no § 1º do art. 144, dispõe que a Polícia Federal possui competência exclusiva para o exercício das funções de polícia judiciária da União (BRASIL, 1988), consubstanciando-se, desta forma, uma instituição estratégica no combate à criminalidade com projeção transnacional, por conta da sua expertise policial alfandegária e policial transfronteiriça.

O Acordo de Cooperação não somente trouxe a previsão da designação de um ponto de contato como também especificações que este deveria estabelecer, dentre elas a ininterruptibilidade da sua atuação. Nesse acordo, a Polícia Federal afigura-se também como o ponto de contato nacional com funcionamento ininterrupto, amoldando-se à exigência do item 3 do art. 6º do Decreto (BRASIL, 2020), que prevê a continuidade e celeridade da prestação de informações pela instituição, sediada em Brasília, no Distrito Federal.

Oportuniza-se destacar que o ponto de contato é também a única autoridade nacional de prevenção e repressão a crimes com autorização legal para receber informações diretas da EUROPOL no âmbito do Tratado, conforme pode-se observar no art. 7º (BRASIL, 2020), fato que, de certa forma, limita a abrangência de instrumento para outras instituições, como a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Civil.

Da análise dos arts. 5º, 6º e 7º (BRASIL, 2020), evidencia-se uma outra limitação através da previsão de que o Acordo aproveita exclusivamente a cooperação policial, com intercâmbio direto de dados de inteligência, sem intervenção de autoridade central, contudo, remanescendo a coexistência do uso da cooperação jurídica internacional na produção probatória.

Tendo em vista a criação do ponto de contato recíproco entre Brasil e EUROPOL, o art. 9º do Tratado (BRASIL, 2020) dispõe sobre a possibilidade de designação de um ou mais oficial(is) de ligação policial. Trata-se

de uma previsão muito interessante, que dispõe sobre a possibilidade de eventual designação de um ou mais adidos da Polícia Federal para atuar junto à EUROPOL, e esta, por sua vez, também poderá indicar oficial(is) de ligação para atuar no Brasil. Não há pormenores sobre as atividades, os direitos e as obrigações do oficial de ligação policial, devendo as partes firmar posteriormente um memorando de entendimento para isso, conforme inteligência do segundo ponto do art. 9º do tratado em questão.

Sob este ângulo, tem-se, para fins de facilitação da cooperação policial, que, uma vez designados, os adidos devem ter acesso direto aos bancos de dados nacionais necessários para desempenhar suas respectivas atividades. Há ainda a previsão, no ponto 4 do art. 9º do Acordo (BRASIL, 2020), de que os adidos da Polícia Federal na EUROPOL, situada na Holanda, bem como os oficiais de ligação da Polícia Europeia, localizada no Brasil, gozarão de privilégios e imunidades específicos, a fim de exercerem suas funções.

A utilização de informações não é irrestrita. Os arts. 10 e 11 do Acordo (BRASIL, 2020) trazem especificações quanto ao intercâmbio de informação. Cumpre ressaltar que, seja por meio de adidos ou do ponto de contato nacional, as partes somente trocarão informações que tenham sido coletadas, armazenadas e transmitidas de acordo com seus respectivos ordenamentos jurídicos e que não tenham sido obtidas em violação aos direitos humanos.

O art. 11 do Decreto nº 10.364 de 2020 (BRASIL, 2020) apresenta a possibilidade de que as informações obtidas pelas partes possam ser utilizadas para uma finalidade diversa daquela para a qual a informação foi transmitida, no entanto, tal utilização somente poderá ocorrer se a autoridade que transmitiu a informação assim. Todavia, em se tratando de informação transmitida com uma finalidade específica, poderá ser utilizada somente para o desiderato para o qual fora transmitida, e qualquer restrição à sua utilização, eliminação ou destruição, incluindo eventuais restrições de acesso, deve ser respeitada tanto pela EUROPOL quanto pela Polícia Federal.

No que tange à transmissão subsequente de dados, em que pese esteja prevista a possibilidade no art. 12 do Tratado (BRASIL, 2020), no Brasil, a sua aplicação é comprometida. O comprometimento reside na limitação se

relacionada com a definição de “autoridade competente”. O compartilhamento seria autorizado desde que entre autoridades competentes, devendo ser limitado a elas, e, no Brasil, têm-se apenas a Polícia Federal.

Observa-se, ainda, que a transmissão subsequente de informações recebidas da EUROPOL para outros órgãos brasileiros, Estados estrangeiros ou organizações internacionais condiciona-se à obtenção de prévio consentimento da EUROPOL. Equitativamente, as informações transmitidas pela Polícia Federal à EUROPOL somente podem ser repassadas a autoridades de investigação criminal dos países da União Europeia, sendo a transmissão subsequente a outros destinatários condicionada ao consentimento da Polícia Federal, conforme previsto no art. 12 do Decreto nº 10.364 de 2020 (BRASIL, 2020).

A proteção da privacidade e dos dados é uma temática que, cada vez mais, ganha projeção na atualidade. A preocupação dos entes signatários com a confidencialidade e a proteção de dados é manifesta no Acordo, uma vez que este traz dispositivos sobre princípios de segurança, no capítulo IV (BRASIL, 2020), que vão desde critérios de avaliação de confiabilidade das informações que passarão pelo canal de cooperação policial internacional e a imprescindibilidade da sua confidencialidade à previsão de responsabilidade administrativa.

O Decreto nº 10.364 de 2020 (BRASIL, 2020) encontra-se em vigor desde 2020, com perspectivas positivas para os anos subsequentes, posto que ele possibilita um intercâmbio de dados mais efetivo e célere entre a União Europeia e o Brasil, com destaque para a iminente ampliação do alcance operacional da EUROPOL na América do Sul.

Acredita-se que, nos próximos anos, será mais fácil identificar e reprimir as redes criminosas regionais da América do Sul que usam o Brasil como base operacional ou como rota para atividades ilícitas transnacionais, como o tráfico de drogas e o tráfico de pessoas com destino à Europa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da observância dos métodos tradicionais de Cooperação Jurídica Internacional, nota-se que há uma complexidade administrativa dos sistemas

jurídicos envolvidos na cooperação, que cria entraves aos pedidos formulados, dificultando o deslinde de casos que envolvem persecução penal no âmbito internacional.

Infere-se que é possível amenizar essa perceptível problemática da morosidade resultante das tratativas burocráticas dos meios tradicionais de Cooperação Jurídica Internacional à medida que os Estados têm iniciativas de produzir instrumentos complementares aos tradicionais métodos, como, por exemplo, através da implementação de redes de cooperação internacional em matéria penal, e, nesse sentido, tem-se o Decreto nº 10.364 de 2020, celebrado entre o Serviço de Polícia Europeu e a República Federativa do Brasil.

O Brasil ainda não encontrou solução satisfatória para os problemas relacionados ao aumento das ações da criminalidade transnacional, necessitando uma ação urgente dos poderes públicos na construção de políticas de segurança pública específicas para enfrentar as organizações criminosas, um problema de caráter transnacional e que possui reflexos em fatores socioeconômicos, como o desemprego, a desigualdade social e a violência, influenciando e alimentando os crimes de branqueamento de capitais, tráfico de drogas ilícitas e tráfico de armas.

Com a internalização do Acordo de Cooperação Estratégica entre a República Federativa do Brasil e o Serviço Europeu de Polícia que já havia sido firmado em Haia, através de promulgação e publicação no Diário Oficial da União, o Acordo passou a ter vigência imediata, consubstanciando-se em um importante reforço para a atuação da Polícia Federal Brasileira na luta contra a criminalidade organizada transnacional, além do fortalecimento da cooperação policial internacional com a União Europeia através de um ponto de contato recíproco que permite a disponibilização e o recebimento de dados de forma direta, sem a interlocução de autoridades centrais.

Não obstante, o Brasil tem progredido positivamente em termos de cooperação no plano internacional, todavia é preciso ainda aperfeiçoar a cooperação policial regional do Brasil com as Américas, com ênfase na AMERIPOL, afinal, são países com que o Brasil faz fronteira, e, neste

cenário, torna-se importante fornecer facilitações para que as polícias possam trabalhar de forma cooperativa e integrada frente à criminalidade transnacional.

Por fim, em uma perspectiva futura em termos de cooperação, afim de otimizar cada vez mais a tutela jurisdicional, observa-se uma necessidade de ampliar ainda mais a cooperação do Brasil com a União Europeia, porém por meio de um tratado com a EUROJUST.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional, *In*: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI (Org.). Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal. 4ª ed., 2013, v. 1, p. 39-50.

BORGES, Talhita Viegas. Cooperação Penal na União Europeia. Revista Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. V. 105. Jan./dez. 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67929>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <encurtador.com.br/csuGS>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.662 de 2019. Promulgado em 1º de janeiro de 2019. Disponível em: <encurtador.com.br/EKS09>. Acesso em: 1º abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.364/2020. Acordo de Cooperação Estratégica entre a República Federativa do Brasil e o Serviço Europeu de Polícia, firmado em Haia em 11 de abril de 2017. Promulgado em 22 de maio de 2020. Disponível em: <encurtador.com.br/uNSUX>. Acesso em: 1º de abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Promulgado em 25 de setembro de 2002. Disponível em: <encurtador.com.br/lxQRX>. Acesso em: 1º de abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 2017. Lei de Imigração. Promulgada em 26 de maio de 2017. Disponível em: <encurtador.com.br/lxQRX>. Acesso em: 1º de abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Redes de Cooperação, 2021. Disponível em: <encurtador.com.br/dhpyU> . Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. Temas de cooperação internacional / Secretaria de Cooperação Internacional. – 2ª ed., rev. e atual. – Brasília: MPF, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo nº 2013/0044404-0. Requerente: Ministério Público Federal. Requeridos: Jukka Tapani Heinänen e Riita Tellervo Autelo. Relatora: ministra Laurita Vaz. Brasília, julgamento em 18 de maio de 2016. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 18 mai. 2016. Disponível em: <encurtador.com.br/suCEK>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.526. Requerente: governo da Argentina. Extraditando: Luis Felipe Maturana Baeza. Relator: ministro Edson Fachin. Brasília, julgamento em 7 de agosto de 2018. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 7 ago. 2018. Disponível em: <encurtador.com.br/bijP8>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Transferência de Pessoas Condenadas. Ministério da Justiça, 2021. Disponível em: <encurtador.com.br/aotP6>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatórios Estatísticos e Representações Gráficas dos Pedidos de Cooperação Jurídica Internacional Tramitados Pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/SNJ). Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatórios Estatísticos e Representações Gráficas dos Pedidos de Cooperação Jurídica Internacional Tramitados Pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/SNJ). Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BUDNHAK, G.O.; FREITAS, S.D.; GUZMAN, E.F.; MORO, A.R.P.; SANTOS, S.D. A Repressão aos Crimes Transnacionais e sua Influência no Desenvolvimento Socioeconômico da Região do Pantanal Sul-Mato-Grossense. Revista ReA-UFMS do XVI ENGEMA – Encontro Nacional Sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente, Edição Especial, Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <encurtador.com.br/hnyGH>. Acesso em: 07 mai. 2021.

CAEIRO, Pedro. Editorial do dossiê “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal” - Problemas actuais em perspectiva global. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 5, nº 2, p. 553-563, mai./ago. 2019.

EUR LEX. Acto do Conselho, de 26 de julho de 1995, que estatui a convenção que cria um Serviço Europeu de Polícia (Convenção Europol). Disponível em: <encurtador.com.br/bDY59>. Acesso em: 16 mai. 2021.

EUR LEX. Decisão do Conselho 2002/187/JAI, de 28 de fevereiro de 2002, relativa à criação da Eurojust, a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade. OJ L 63, 6.3.2002, p. 1-13 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV). Disponível em: <encurtador.com.br/airER>. Acesso em: 21 mai. 2021.

EUR LEX. Directiva 91/477/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1991, relativa ao controle da aquisição e da detenção de armas. OJ L 256, 13.9.1991, p. 51-58 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT). Disponível em: <encurtador.com.br/muIV1>. Acesso em: 12 mai. 2021.

PIRES JUNIOR, Paulo Abrão. O Papel da Cooperação Jurídica Internacional. In: Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: Cooperação Em Matéria Penal. Secretaria Nacional de Justiça. De-

partamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) – 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHAEFFER, Katherine. Key Facts About Americans And Guns. Pew Reserach Center, 11 mai. 2021. Disponível em: <encurtador.com.br/yFK48>. Acesso em: 14 mai. 2021.

UNITED STATES. Constitution - Amendment 2. Promulgada em 25 de setembro de 1789. Disponível em: <https://www.usconstitution.net/xconst_Am2.html>. Acesso em: 14 mai. 2021.

UNODC, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Estudio Mundial sobre el Tráfico de Armas de Fuego, 2020 (publicación de las Naciones Unidas, No. E.20.IV.1).

UNDOC, United Nations Office on Drugs and Crime. Homicide Kills Far More People Than Armed Conflict, Says New Unodc Study. Disponível em: <encurtador.com.br/fyKPR>. Acesso em: 30 ago. de 2019.

UNDOC, Centro Para a Prevenção Internacional do Crime. Guia Legislativo para a Aplicação da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional. Vancouver, mar. 2003. Disponível em: <encurtador.com.br/kmvyI>. Acesso em: 07 mai. 2021.

UM PRIMEIRO OLHAR AO ENQUADRAMENTO NORMATIVO DA LEI Nº 14.344/22 (LEI HENRY BOREL) AO MUNDO DOS FATOS

Paula Naves Brigagão

Aprovada no cargo de Notários e Registradores pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Especialista pela Faculdade Pitágoras. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela faculdade Pitágoras. Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa, Montevideo – UY. Autora de obras jurídicas. Advogada.

Submetido em: 04/08/2022

Aprovado em: 04/08/2022 e 26/08/2022

RESUMO: O presente trabalho pontua a inovação legislativa operada pela Lei nº 14.344/22 (Lei Henry Borel), que traz, em seu bojo, a definição de violência doméstica contra crianças e adolescentes, e se espalha pelo Código Penal e pela Legislação Extravagante (com novas causas de aumento de pena se qualificadoras), bem como na inserção de novas figuras penais, com vistas a contemplar uma maior proteção àqueles, vulneráveis por natureza, ainda que, no período de *vacatio legis*, a eficácia social da norma seja um tema que ultrapassa os meandros do Direito Penal Simbólico.

PALAVRAS - CHAVES: violência doméstica – criança – adolescentes – revitimização - proteção legal – Lei nº 14.344/22.

ABSTRACT: The present work points out the legislative innovation operated by Law no. 14.344/22 (Henry Borel Law), which brings, in its core, the definition of domestic violence against children and adolescents and which spreads through the Penal Code and the Extravagant Legislation (with new causes of violence increase in penalties and qualifiers), as well as the insertion of new penal figures, with a view to providing greater protection to those, who are vulnerable by

nature, even if, in the period of *vacatio legis*, the social effectiveness of the norm is a theme that goes beyond the intricacies of the Symbolic Criminal Law.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.344 nasceu na data do dia 24 de maio do ano de 2022 e, longede prestar homenagens aos militares de Arma de Infantaria do Exército Brasileiro, apesar da coincidência da data comemorativa, foi mesmo apelidada informalmente de Henry Borel, reportando-nos ao sensível caso do menino Henry, que teve suprimida a sua vida devido a uma hemorragia interna advinda de espancamento em ambiente doméstico, de acordo com dados periciais apresentados mundialmente.

Atente o leitor que, muito embora o legislador não tenha batizado formalmente a Lei com tal nomenclatura, ao Henry se reportou quando instituiu um dia do ano (qual seja, o dia três de maio) como o marco da violência doméstica contra a criança e o adolescente – dia esse coincidente com a data de aniversário do menino, homenageado expressamente nos termos do art. 27 da Lei nº 14.344/22.

A comoção sobre a morte cruel de uma criança atingiu o coração dos brasileiros de um modo geral, e o menino acabou por levantar a bandeira de todos os meninos(as) do nosso país, de modo que o legislador, com “olhos de pai e coração de mãe”, nos apresentou, na data acima referida, a Lei nº 14.344/22, a fim de melhor resguardarmos os nossos infantes das mazelas do mundo.

É cediço que a lei, por ela mesma, não é varinha de condão de fada madrinha, a ponto de modificar a realidade fática e social do país, mas, a nós, não restou dúvidas de que o legislador almejou uma prevenção geral negativa e, seja por meio de um Direito Penal Simbólico (resultado de um Direito Penal de Emergência), ou não, estava imbuído de boa intenção quando da elaboração dos trabalhos legislativos ao esculpir de hediondez o crime de homicídio praticado em desfavor de pessoa menor de quatorze anos. Se a lei irá apresentar eficácia social, só o tempo dirá.

E, por falar nos trabalhos legislativos, o legislador, imbuído do espírito do conto da Branca de Neve e os Sete Anões, imitando a rainha-madrastra,

que namorava o espelho, voltou-se para o seu próprio espelho e disse a ele:

“— Espelho, espelho meu, existe realidade de violência e opressão que seja mais sensível do que aquela reportada na Lei Maria da Penha?” A resposta negativa se impôs!

Lei Maria da Penha? Como assim? Não estamos falando de crianças? A resposta é positiva. Mas também, de igual modo, estamos falando de violência doméstica, e a violência é uma só, em qualquer lugar do mundo, de modo que, inspirado nas premissas que o embasaram a redigir a Lei Maria da Penha, o legislador assim o fez quando da elaboração da Lei do menino Henry Borel.

Voltemos os nossos olhos e sentidos para ela!

1.1 Contornos da Lei nº 14.344/22 ao crime de Homicídio (art. 121 do CP).

Na vida como ela é, dona Crecineide nunca desejou ser mãe. Sempre alardeou a todos que se tornou mãe por um infeliz acidente do destino. Um dia desses (data de hoje, qual seja: 04/06/22), resolveu dar cabo da criança, seu filho, espancando-o e, logo após, amarrando-o no pé de goiaba de sua fazenda. A criança veio a óbito dois dias depois. A pergunta que não quer calar é a seguinte: dona Crecineide responderá criminalmente por sua conduta nos termos da Lei nº 14.344/22?

A resposta é parcialmente negativa, com algumas adaptações ao caso da vida real. E, para tanto, se fazem necessárias algumas análises acerca de lições de Direito Intertemporal, bem como noções acerca da natureza híbrida das normas.

Isso porque a Lei 14.344/22 publicada em 24 de maio de 2022, não entrou em vigor na data de sua publicação: entrará em vigor no lapso temporal de quarenta e cinco dias. Uma lei em período de *vacatio legis* ainda não produz efeitos, por ser despida de força cogente e nua em eficácia. Sendo *novatio legis in pejus*, as suas disposições só encontrarão adequação típica nas condutas praticadas após quarenta e cinco dias, no caso, após 08 de julho do presente ano. É o Direito Penal Intertemporal que assim nos ensina.

Mas, claro, no caso concreto acima descrito, restou patente a conduta de homicídio qualificado pelo meio cruel (art. 121, parágrafo segundo, inciso terceiro), crime hediondo, de igual modo.

Dona Creceide não ficará sem a resposta do Direito Penal, apenas, a ela, não poderá ser aplicada a Lei nº 14.344/22 que deu o contorno de qualificadora ao artigo 121, parágrafo segundo, inciso nono, acrescido da causa de aumento da pena no parágrafo segundo em 2/3 por ter o sujeito ativo do crime um ascendente, sob pena de macularmos o princípio da ir-retroatividade da lei gravosa (a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu), consectário do princípio da legalidade e que, gostemos ou não, é direito fundamental dela e de todos nós, uma “carta na manga” que todo cidadão possui contra as arbitrariedades, porventura cometidas contra os atos do poder público. *Dura lex sed lex!*

Vale destacar que, em período pretérito, a edição da Lei nº 14.344/22, em caso similar ao por nós narrado – em que a genitora golpeou com uma furadeira o seu filho, criança de apenas quatro anos de idade, acarretando-lhe o rompimento do baço, pelo único fato de a criança, por descuido, ter pisoteado as fezes de um cachorro –, o Superior Tribunal de Justiça, considerando o homicídio tentado qualificado pelo meio cruel, assim o fez para fundamentar a prisão preventiva, na faceta da necessidade de se garantir a instrução criminal. Confira o leitor o trecho do julgado: HC: 422140 RS.

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO, PRATICADO, EM TESE, CONTRA O PRÓPRIO FILHO, DE 4 ANOS DE IDADE. MAUS ANTECEDENTES. TEMOR DAS TESTEMUNHAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. A privação antecipada da liber-

dade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.³ Mostra-se devidamente fundamentada a prisão preventiva em hipótese na qual o Tribunal *a quo*, ao dar provimento a recurso em sentido estrito ministerial, destacou a periculosidade do acusado, evidenciada pela violência e desproporção do delito imputado, consistente em golpear com uma furadeira o seu filho de apenas 4 anos de idade, com tal ímpeto que provocou-lhe o rompimento do baço, sendo que o ato foi motivado pelo simples fato de que a criança havia pisado nas fezes de um cachorro. 4. Por outro lado, é de se notar que os antecedentes criminais do acusado reforçam os indícios de sua personalidade violenta, uma vez que ostenta inquéritos por supostos crimes praticados em âmbito doméstico, uso de entorpecentes, furto tentado, estupro de vulnerável tentado e resistência. 5. Nos termos da orientação desta Corte, inquéritos policiais e processos penais em andamento, muito embora não possam exasperar a pena-base, a teor da Súmula 444/STJ, constituem elementos aptos a revelar o efetivo risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a manutenção da prisão preventiva (RHC n. 68550/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 31/3/2016). 6. A prisão encontra justificativa também na necessidade de garantir a escorreita instrução criminal, uma vez que as testemunhas revelam temor em relação ao acusado - circunstância relatada espontaneamente pela avó da criança, e reforçada pela apresentação de versão desconectada dos fatos pela esposa do acusado. 7. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública. 8. Ordem não conhecida.

Há que se destacar, entretanto, que a tipificação penal de Crecineide não poderá estar abarcada pelo novo diploma normativo, por representar direito penal material e estar atrelada ao seu direito fundamental de liberdade.

Contudo, a nova lei, no tocante ao aspecto processual penal, obedece o princípio do isolamento dos atos processuais e aplicação imediata, ou seja, o tempo rege o ato. Base legal: art. 2º do CPP.

Ilustrativamente, se a nossa mãe desalmada, Crecineide, após espancar o seu filho e amarrá-lo ao pé de goiaba, não consegue ceifar-lhe a vida, devido ao fato de um vizinho, da fazenda ao lado, ter desamarrado a criança – e note o leitor que, mesmo tendo sido a conduta de Crecineide praticada antes da entrada em vigor da lei, após o período de *vacatio legis*, ela poderá ter contra si (após a vigência normativa) uma medida protetiva de urgência, qual seja, o afastamento de sua pessoa, para com a criança, do lar de convivência, para o bem e resguardo da própria criança. O foco é a criança, e não a mãe! Isso porque as medidas cautelares ostentam a natureza jurídica de normas processuais penais genuínas, e, a elas, não se aplica o princípio da irretroatividade da lei gravosa, mas o princípio da imediatidade, nos termos do art. 2º do CPP. É a nossa posição!

Logo o leitor deve levar em conta que a resposta quanto à incidência da Lei Henry Borel a fatos pretéritos à sua entrada em vigor dependerá da natureza da norma envolvida, se de natureza material ou processual. Note que a Lei Henry Borel possui caráter material e processual e, apenas na parte material, não será aplicada retroativamente.

1.2 Reflexos da Lei nº 14.344/22 na Lei dos Crimes Hediondos e no Código Penal.

O rol dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) que, por essência, é um rol taxativo sofreu ampliação com a Lei nº 14.344/22, ganhando, o homicídio qualificado, nova roupagem, com a qualificadora do inciso IX ao art. 121 do CP. Base legal: art. 32 da Lei nº 14.344/22. Confira o leitor:

Art. 32. O inciso I do caput do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.1º.....

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX);

Art. 121.....

§2º.....

Homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos

IX - contra menor de 14 (quatorze) anos:

§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:

I - 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II - 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

Atente-se o leitor para o fato de que, além do art. 121 de o Código Penal ter sido objeto de contemplação pelo novo diploma normativo, dois outros artigos também o foram. São eles: art. 111 do CP – atinente ao tema da prescrição – e, de igual modo, o art. 141 do CP – abarcando disposições referentes aos crimes contra a honra.

No tocante ao art. 111 do Código Penal, tal dispositivo tem a missão de nos revelar o termo inicial da pretensão punitiva do Estado. Em palavras simples, indaga-se: a partir de que momento conta-se a prescrição quando tal cenário envolver como protagonistas crianças e adolescentes?

Nossa lei substantiva nos guiava ditando que: “V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, (conta-se a prescrição) da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.”

O que efetivamente mudou com a Lei nº 14.344/22?

O objeto jurídico dignidade sexual foi ampliado para englobar qualquer violência perpetrada contra criança ou adolescente.

Confira o leitor:

Art. 31. Os arts. 111, 121 e 141 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 111.

V - nos crimes contra a dignidade sexual ou que envolvam **violência contra a criança e o adolescente**, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.” (NR). (grifos nossos).

Mas em que consiste a violência contra a criança ou o adolescente?

O artigo 2º da Lei 14.344/22 nos fornece, com precisão, a resposta.

Vejamos:

Art. 2º Configura violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente qualquer ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano patrimonial:

I - no âmbito do domicílio ou da residência da criança e do adolescente, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que compõem a família natural, ampliada ou substituta, por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação doméstica e familiar na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. Para a caracterização da violência prevista no caput deste artigo, deverão ser observadas as definições estabelecidas na Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.

Art. 3º A violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Não vamos muito longe.

No cenário do caso da vida, Enzola mudou-se de uma casa para um apartamento aos onze anos de idade. Seu pai (sr. Paulo Deixa Disso) logo tornou-se síndico do condomínio, e Enzola, em sua visão mirim, achou que já era o dono do prédio. Subia bem alto no escorregador, a ponto de ficar quase da altura do muro que fazia divisa com o prédio e, para tanto, jogava areia nas roupas branquinhas da vizinha, a dona Cacilda Gargarejo. Cansada de ficar lavando mais de uma vez as suas roupas e cansada do pouco caso do genitor no tocante às suas reclamações, dona Cacilda resolveu tomar uma atitude mais drástica. Eis que se dirigiu pessoalmente à reunião de condomínio e, na frente de todos, “gargarejou”, isto é, xingou o menino de todos os nomes, aproveitando a presença da criança para agredi-la fisicamente em público.

O pai do menino fez “cara de paisagem” e, por desejar não se indispor com os vizinhos, nenhuma atitude tomou, por longos anos. Se tais fatos narrados forem praticados após a vigência da Lei nº 14.344/22, ainda que seu pai nenhuma atitude tomasse, Enzola não ficaria ao desalento, sem uma resposta estatal. Poderá agora, ele mesmo, buscar o Direito Penal para fins de reparação pelo mal sofrido (quando possuía onze anos de idade), e sua pretensão não estará fulminada pela prescrição. Isso, é claro, desde que não tenha sido proposta a ação penal em tempos pretéritos.

Outro aspecto interessante a ser mencionado por nós é o de que no caso acima narrado, em tempos anteriores à vigência da lei em comento, na hipótese de a vizinha Gargarejo ter se limitado à prática do crime de lesão corporal de natureza leve em desfavor da criança, a ação poderia tramitar sob o rito da Lei nº 9.099/95, sem qualquer óbice. A competência dos Juizados Especiais Criminais, entretanto, restaria afastada pela somatória de crimes caso a pena cominada ultrapassasse dois anos.

Ilustrativamente, citamos a posição esboçada pela Corte Cidadã, à luz da legislação pretérita, em caso envolvendo violência doméstica, com aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, outrora revogado ante o descumprimento das condições propostas e aceitas. Confira o leitor.

Atente-se para o fato de que a decisão não fazia distinção entre os atores da violência doméstica na qualidade de sujeito passivo do delito, podendo ser criança ou não.

RECURSO ESPECIAL (1498034/RS). PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AMEAÇA. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS DURANTE O PERÍODO DE PROVA. FATO OCORRIDO DURANTE SUA VIGÊNCIA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO MESMO QUE ULTRAPASSADO O PRAZO LEGAL. ESTABELECIMENTO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS EQUIVALENTES A SANÇÕES PENAIAS. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. PRIMEIRA TESE: Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência. SEGUNDA TESE: Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do *sursis* processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência. 2. Da exegese do § 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (“a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta), constata-se ser viável a revogação da suspensão condicional do processo ante o descumprimento, durante o período de prova, de condição imposta, mesmo após o fim do prazo legal. 3. A jurisprudência de ambas as Turmas do STJ e do STF é firme em assinalar que o § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 não veda a imposição de outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. 4. Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo a violação do art. 89, §§

1º, 2º, 4º e 5º da Lei n. 9.099/1995, afastar a decisão de extinção da punibilidade do recorrido, com o prosseguimento da Ação Penal n. 0037452-56.2008.8.21.0017. (REsp 1498034/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 02/12/2015).

E, aqui, cabe um adendo: a Lei nº 14.344/22 proíbe expressamente a aplicação da lei 9.099/95 para os casos referentes à violência contra crianças e adolescentes. Confira o leitor:

Art.226.....

§ 1º Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. (NR).

Voltemos nossa análise, agora, à modificação no que toca as disposições comuns, concernentes aos crimes contra a honra. Base legal: art. 141 do Código Penal. A novidade aqui estampada foi o aumento de 1/3 (um terço) se qualquer dos crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação) for praticado em desfavor de criança ou adolescente, ao lado de pessoas com idade acima de 60 (sessenta) anos ou com deficiência.

Ampliou-se, aqui, o rol de sujeitos passivos para fins de maior reprimenda, no intuito de maior proteção à personalidade moral do ser humano, de per si considerado. Tal causa de aumento de pena apenas é excepcionada no tocante à injúria discriminatória, que possui disciplina própria de regulamentação tipificada no parágrafo terceiro do artigo cento e quarenta e um do Código Penal, o qual recebe o mesmo tratamento do racismo no tocante à imprescritibilidade. Perceba o leitor que a exceção no tocante ao aumento de pena, em tempo pretérito à vigência do novo diploma normativo, abarcava somente o crime de injúria. Mas já nos ensina o brocardo popular: “uma andorinha não faz verão”. A exceção ao crime de injúria

não se justificava, já que o bem jurídico integridade moral restava abalado de igual monta. Com a entrada em vigor da Lei nº 14.344/22, o crime de injúria, por ele mesmo, desde que não discriminatório, estará abarcado pelo aumento de pena.

Vejamos: Creuza é moça trabalhadeira. Desde muito jovem trabalha na bilheteria do único cinema do Município de Deus me Livre. Um dia desses, sua filha menor de idade (Evinha dos Anjos) adoeceu e a creche, como não está autorizada a administrar medicamentos para conter a febre, telefonou para o pai da criança, que, por necessitar, de igual forma, sair para trabalhar, optou por deixar a criança aos cuidados da mãe, já que essa estava encerrando o expediente no trabalho naquele dia. Mais lenta que de costume, já que Creuza estava se desdobrando entre olhar a criança e atender os clientes, dona Emengarda Abraziva, estressada pela demora da atendente, que, segundo ela, era injustificável, passou a proferir palavras de baixo calão, gritando aos quatro ventos que a criança deveria voltar para a África, de onde nunca deveria ter saído, a fim de brincar com os orangotangos e não mais atrasar a fila do cinema.

A pergunta que não quer calar é: Abraziva, nesse caso hipotético por nós narrado, em tendo praticado o delito na vigência da Lei Henry Boreli responderia por ela, já que direcionou a sua conduta em desfavor da criança?

A resposta negativa se impõe. No caso ilustrativo, Abraziva, ao fazer menção à África, englobou o critério raça em suas ofensas. Trata-se de racismo estrutural, que compõe o espectro do tipo injúria racial qualificada. Com sua conduta, Abraziva não ofendeu somente Evinha, mas um grupo indeterminado de pessoas, pessoas essas que são pertencentes à mesma raça de Evinha. E racismo é racismo, independentemente de estar tipificado no bojo de uma injúria ou fora dela.

Para sermos fiéis ao leitor, citamos, aqui, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, referida no HC 154248, que, em caso similar ao por nós narrado que envolvia injúria racial, decidiu da seguinte maneira:

EMENTA: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE.

DENEGACÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada.

Voltemos os nossos olhos, ainda, para a cena do cinema. Abraziva, estressada pela demora na fila atinente à compra de ingressos para assistir ao filme e sabedora de que a demora no atendimento estaria ocorrendo pelo fato de a filha da atendente estar doente, com esta presente, passa a proferir-lhe palavras de tom ofensivo do tipo: “essa criança não está doente, está com birra. Além de birrenta, é feia e só sabe atrapalhar!”

Nesse caso, se a conduta de Abraziva se der após o advento da Lei Henry Borel, por tratar-se de crime de injúria sem nenhum qualificativo, dará ensejo a uma condenação, com pena aumentada em um terço, por ter sido praticada em face da criança. Repise-se: o dolo do sujeito passivo, aqui, não foi o de ofender uma raça, mas uma pessoa determinada, qual seja, Evinha.

1.3 Influxo da Lei Henry Borel na Lei de Execução Penal.

A modificação pontual ocorrida na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/92) deu-se no tocante ao instituto da limitação de final de semana – que nada mais é que a obrigação de permanência do apenado, em dias e horários determinados pelo legislador, em casa de albergado ou outro estabelecimento similar.

Dispõe o art. 152 da LEP, em seu *caput*, que poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, e atribuídas atividades educativas. Já nos ensina o brocardo popular: “cabeça vazia é oficina do Diabo”. Logo, ocupando a mente o condenado não disporá de muito tempo para idealizar empreitadas criminosas.

A modificação do art. 152 da LEP não se operou em seu *caput*, mas em seu parágrafo único. E, aqui, exporemos a redação nova, acrescida pela Lei nº 14.344/22. Confira o leitor:

Art. 152:

Parágrafo único - Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança, o adolescente e a mulher e de tratamento cruel ou degradante, ou de uso de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra a criança e o adolescente, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Vale dizer que a redação anterior englobava, como sujeito passivo do crime, tão somente a mulher vítima de violência doméstica e familiar. O espectro da violência doméstica e familiar foi ampliado para abarcar os infantes e adolescentes. Educar o agressor é uma medida preventiva para evitar novas lesões aos bens jurídicos das crianças, dos adolescentes e das mulheres, todos inseridos no contexto de violência doméstica e familiar.

Transpondo a letra fria da lei para o cotidiano, é cediço que grades não ressocializam ninguém, assim, após 08 de julho de 2022, caso José das Couves Mussum, aporrinhado com as malcriações de Zacarias, seu filho adolescente de treze anos, perca a cabeça e resolva dar uma “sova” no garoto com vara de marmelo, achando que, por ser pai, pode corrigir o seu filho de qualquer maneira e a qualquer preço, o magistrado poderá determinar o seu comparecimento à programas de recuperação e de reeducação, no afã de que o pai desavisado informe-se melhor a respeito dos limites do seu poder punitivo, para fins de melhor educar o seu filho, e, quem sabe, amanhã Mussum não seja mais um voluntário a fornecer depoimentos de sua evolução, como forma de ajudar o próximo. No mesmo lema do AA (alcoólicos

anônimos): “Só por hoje, eu não agrido”, ou “Por hoje, serei melhor do que ontem”, em terapia coletiva em que o grupo se ajuda.

Mas o “causo” da vida como ela dá cores e ganha asas além do papel. Fato é que dona Amargosa, residente do Município Onde o Vento Faz a Curva, mãe de Lucinda Inocência, desgostosa do namoro de sua filha adolescente com Patrício Espinhoso, no intuito de corrigir o comportamento que considera inadequado por parte de sua filha, como forma de castigo pelo fato de a mesma desobedecê-la e insistir no namoro, tranca-a em seus aposentos como forma de evitar novos encontros. Lucinda tinha cabelos curtos e, diferente das histórias em quadrinhos de Rapunzel, sequer poderia jogar as suas tranças a fim de fugir.

Sua conduta não ficará impune. A filha mantida presa acarretará a mãe, após a vigência normativa na lei em apreço, a sua imediata vinculação à casa de albergado.

Em obediência ao art. 152 da LEP, o douto magistrado da comarca aplicará à Amargosa o comando legal, determinando o seu comparecimento, por cinco horas diárias, aos finais de semana, a casa de albergado, para fins de reeducação.

Mas o juiz era recém empossado e acabara de chegar ao Município Vento Faz a Curva.

Contudo, o Município de O Vento Faz a Curva, além do vento, possui pouca coisa e, nessa toada, não possui casa de albergado para que Amargosa possa cumprir a limitação de final de semana. Limitação essa, até, então, desconhecida pelo juiz.

A pergunta que não quer calar é a seguinte: diante da ausência de casa de albergado na localidade, a defesa de Amargosa poderá pleitear ao juízo pelo cumprimento de sua pena em regime domiciliar?

Se não houver casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, nada obsta que Amargosa cumpra a pena restritiva de direitos, consistente em limitação de final de semana, em regime domiciliar e, para tanto, assistindo à palestras de auto-ajuda de forma on-line. A concessão para o regime domiciliar, contudo, não se dá de forma automática, embora não seja de plano vedada. As circunstâncias do caso concreto irão ditar a melhor so-

lução. Assim nos parece. E quem nos socorre desse enrosco, em verdadeiro diálogo das fontes, é a LINDB. Trata-se do primado da realidade. Confira o leitor: “**Art. 22.** Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Logo, se há um obstáculo físico, qual seja, a ausência de casa de albergado ou outro estabelecimento adequado similar, o primado da realidade impõe ao magistrado solução justa e consentânea com o caso a ser por ele analisado. É a nossa posição!

Instada a pronunciar-se sobre o tema, a Corte Cidadã, analisando um caso que envolvia um apenado que cumpria a limitação de final de semana em regime domiciliar por ausência de casa de albergado ou outro estabelecimento adequado e, exercendo a profissão de motorista durante os dias da semana, assim fazendo, o STJ achou por bem aplicar ao condenado o instituto da remissão pelos dias trabalhados, na condição de motorista. Confira o leitor trecho da decisão:

HC: 1560854.

EMENTA PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO CRIMINAL. REGIME SEMIABERTO. CUMPRIMENTO DA LIMITAÇÃO DE FINAIS DE SEMANA EM PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO NA COMARCA. REMIÇÃO DA PENA PELO TRABALHO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 562/STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Na hipótese, o reeducando progrediu ao regime intermediário e, diante da ausência de Casa de Albergado na comarca, foi-lhe deferido o regime domiciliar, com limitação de finais de semana, a fim de que ele exercesse o trabalho de motorista durante os dias úteis. 2. Não se vislumbra incompatibilidade alguma ou qualquer óbice em se conceder ao apenado a remição pelos dias trabalhados, pois tal direito se reveste de natureza pública e se insere no sistema progressivo, em que há uma flexibilização gradual da sanção, à medida que o reeducando vai se aproximando da liberdade. Negar ao sentenciado o benefício representaria inegável desestímulo à progressão de regime. 3. Uma vez presentes os requisitos legalmente exigidos,

descabe ao intérprete opor empecilhos à remição pelo trabalho, uma vez que, ainda que o sentenciado esteja a cumprir a reprimenda em regime domiciliar, tal benefício lhe fora deferido em razão da própria falência do sistema carcerário. 4. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que os sentenciados que cumprem pena no regime semiaberto, como na presente hipótese, ou fechado, têm direito à remição da pena pelo trabalho, consoante a previsão legal do art. 126 da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 12.433/2011, que prevê que “o condenado que cumpre pena em regime fechado e semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Entendimento em consonância com a dicção da Súmula n. 562/STJ. 5. Recurso especial desprovido.

Vamos além. Suponhamos que tenha sido imposta a um condenado qualquer uma condenação por uma pena restritiva de direitos consistente na limitação de finais de semana, acompanhada de uma pena de multa. Na ausência de casa de albergado ou de estabelecimento adequado, é lícita a cumulação de duas penas de multa?

A resposta negativa se impõe. Em não havendo casa de albergado ou outro estabelecimento adequado na localidade, o regime domiciliar se faz presente, no caso em apreço, como solução prioritária em detrimento de nova imposição à pena pecuniária, por expreso mandamento legal. Assim nos ensina o Superior Tribunal de Justiça. Confira o leitor: Resp. 1716888:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUIÇÃO POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO OU UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. LITERALIDADE DO ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA E MULTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA POR MULTA. AUSÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO. DUAS PENAS DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. 1. Hipótese em que a pena privativa de liberdade imposta ao apenado foi substituída pelo juízo de primeiro grau por uma restritiva de direitos, consubstanciada na limitação de final de semana, e por uma de multa, nos exatos termos do art. 44, § 2º, do Código

Penal. 2. O Tribunal a quo, considerando a inexistência na comarca de casa de albergado, acolheu o pedido da defesa para substituir a limitação de final de semana por outra pena de multa, cumulando duas penas substitutivas da mesma espécie. 3. Esta Corte detém entendimento no sentido da impossibilidade de imposição de duas penas pecuniárias, em obediência à regra contida na parte final do § 2º do art. 44 do Código Penal (AgRg no REsp 1449226/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015). 4. A letra da lei não permite margem a outra interpretação, devendo ser acompanhada a literalidade da disposição normativa contida na segunda parte do § 2º do art. 44 do Código Penal. 5. Nas situações em que não houver casa de albergado na localidade, esta Corte já entendeu que o cumprimento da pena de limitação de fim de semana deve se dar em outro estabelecimento adequado ou em regime domiciliar. Precedentes. 6. Recurso provido.

Acrescentamos: se o crime acima narrado envolver a prática de violência doméstica contra criança ou adolescente, na ausência de casa de albergado ou estabelecimento adequado, com maior razão, agora, não poderá ser imposta unicamente a pena de multa, ainda que em duplicidade. É o legislador que nos impõe tal restrição, nos termos do que preconiza o parágrafo segundo do art. 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Confira o leitor:

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. (NR).

1.4 Incursão da Lei Henry Borel no ECA (Lei nº 8.069/90).

O ponto alto das modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente, advindas da Lei nº 14.344/22, cinge-se ao seu art. 226 em seu parágrafo único, que contempla vedação expressa de aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95 aos crimes nela inseridos.

Foi o mesmo que o legislador fez no tocante aos crimes cometidos contra a mulher em contextos de violência doméstica especificados na Lei Maria da Penha, e assim procedeu em seu art. 41.

Atente o leitor para o mesmo espírito de proteção do legislador. A violência é uma só. Violência é violência. O resto são rótulos! E, isso, ainda que a pena cominada em abstrato seja de até dois anos, de tal modo que se afasta a competência do rito comum sumaríssimo, até porque a violência doméstica, seja ela praticada contra a mulher ou contra crianças e adolescente, não se afina com infrações de menor potencial ofensivo, dada a magnitude do bem jurídico lesado.

Confira o leitor o teor do texto normativo:

Art. 226.

§ 1º Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

O parágrafo segundo do mesmo art. 226 faz alusão expressa a vedação da penas de cesta básica. Vejamos:

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. (NR)

O parágrafo segundo acima narrado é um trecho da Lei Maria da Penha, guardadas as suas peculiaridades. Trata-se de um reflexo da dignidade da pessoa humana, no sentido de vedar a banalização da coisificação de pessoa. O respeito, a honra, a integridade física e psicológica são bens jurídicos que não possuem preço.

Ilustrativamente:

Pedro Macarrão era casado com Lívia Mostarda. Amante dos vinhos, o homem sempre exagerava na dose, e o final da noite nunca acabava bem. Dia sim, dia não, a mulher e os filhos menores levavam paulada na cabeça; além de que, dia sim e, no outro, também, o beberão visitava a carteira de sua mulher, subtraindo-lhe dinheiro para comprar bebidas. Beneficiado pela escusa absolutória quanto ao crime de furto, Pedro já encontrava óbice ao pagamento de cesta básica quanto ao crime de violência

doméstica contra a mulher, por expressa vedação da Lei Maria Penha. Agora, após o advento da Lei Henry Borel, que tomou de empréstimo o espírito Maria da Penha, a vedação de cesta básica também se estenderá aos filhos menores que levarem pauladas do pai. Do contrário, se possível fosse compensar violência doméstica com gênero alimentício, ficaria barato agredir. Não é esse o espírito!

1.5 Influência da Lei Henry Borel na Lei nº 13.431/17

Tal lei encampa um complexo de garantias de direitos em prol de crianças e adolescentes que se encontram na posição de vítimas ou testemunhas de violência, igualmente objeto de modificação legislativa pela Lei nº 14.344/22.

Há que se destacar que a Lei nº 13.431/17, tal qual a Lei Maria da Penha, carrega, em seu corpo, formas de violência contra a criança e o adolescente, inovando com a denominada violência institucional, que nada mais significa que a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando desaguar em revitimização.

A lei Henry Borel trouxe ao art. 4º da Lei nº 13.431/17 a violência patrimonial, que se traduz em qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos os destinados a satisfazer as suas necessidades, desde que a medida não se enquadre como educacional (que guarda regulamentação própria).

Outro caso ilustrativo a ser citado é o de João Penteadado, empresário bem-sucedido e um eterno amante de si mesmo. Apaixona-se pelas mulheres com a mesma fugacidade com que compra roupas diariamente. Por vaidade, casou-se com Joaquina Belezura, a miss de sua cidade natal. Casa-mento que não durou uma troca de estação do ano e do qual adveio Lívia, filha do casal. Fato é que, após o desenlace, mesmo acumulando muitos recursos financeiros, Penteadado nunca quis dividir o “pão”, fosse com a mulher ou com a filha menor, de modo que nunca pagou pensão alimentícia para a ex-mulher, que era paupérrima e, após um acidente de ônibus, tornou-se parálitica; tampouco pagou alimentos para a filha menor. O homem, egoís-

ta, só pensava em comprar roupas. Um caso patente de violência patrimonial. Já o era pela Lei Maria da Penha.

Agora, após o advento da Lei Henry Borel, o caso acima narrado também encontrará tipificação no art. 4º da Lei nº 13.431/17, como um caso de violência patrimonial contra criança ou adolescente.

Confira o leitor o dispositivo da Lei Maria da Penha acima citado, dispositivo esse que foi reproduzido para a Lei nº 13.431/17:

LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

1.6 Crimes Tipificados na Lei nº 14.344/22.

É importante que se diga que a Lei 13.431/17 elenca dois crimes, dos quais passaremos a discorrer. Vejamos:

DOS CRIMES

Art. 25. Descumprir decisão judicial que defere medida protetiva de urgência prevista nesta Lei:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu a medida.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Art. 26. Deixar de comunicar à autoridade pública a prática de violência, de tratamento cruel ou degradante ou de formas violentas de

educação, correção ou disciplina contra criança ou adolescente ou o abandono de incapaz:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta morte.

§ 2º Aplica-se a pena em dobro se o crime é praticado por ascendente, parente consanguíneo até terceiro grau, responsável legal, tutor, guardião, padrasto ou madrasta da vítima.

O art. 25 de seu texto, com a modificação legislativa promovida pela lei em apreço, encampa o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, reverso da mesma moeda. Qual moeda? A moeda que traz, no verso, o art. 24, A, da Lei Maria da Penha. Confira o leitor:

“Art. 24-A. Lei Maria da Penha: Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos”.

Bate à porta a realidade do mundo fenomênico. Creolinda era mãe severa. Para ela, tudo se resolvia na base da pancadaria que, em sua visão distorcida, era a base da educação. Certa feita, com a desobediência de Tício, seu filho menor, Creolinda pegou de empréstimo o cinto do marido e deu tanta cintada nas pernas de Tício que o menino, traumatizado, ficou três dias sem abrir a boca. Suponhamos que a sua conduta tenha sido praticada após 08 de julho de 2022, após o advento da Lei Henry Borel. O magistrado aplicou a ela uma medida protetiva de afastamento do lar - com vistas à proteção da criança. Creolinda, contudo, visitava a casa quando o marido saía, pois não suportava perder o controle sobre o filho. Diante de tal contexto, o magistrado poderá aplicar a ela o art. 25 da Lei nº 14.344/22.

Pergunta-se: levando-se em consideração que a Lei nº 14.344/22 estipula, em seu art. 25, que a pena de detenção variará de três meses a dois anos, sendo a pena, portanto, inferior a quatro anos, será caso de aplicação do art. 322 do CPP (“A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos.”)?

A resposta negativa se impõe. Aplica-se ao presente caso o princípio da especialidade e a Lei Henry Borel, que, por expressa vedação legal, proíbe o delegado de arbitrar fiança, independentemente da quantidade da pena ser inferior a quatro anos. É caso de aplicação da cláusula de reserva de jurisdição por expresse comando legal. A Lei Maria da Penha assim o fazia, caminhando o legislador, no mesmo passo, ao seu lado.

Repise-se: as duas hipóteses (violência doméstica contra a mulher e violência doméstica contra criança e/ou adolescente) revelam cláusula de reserva de jurisdição no tocante ao instituto da fiança. Em tais casos, o delegado encontra óbice legal no arbitramento, que se dá unicamente por ato do juiz.

O pulo do gato, aqui, é que a cláusula de reserva de jurisdição, quanto ao arbitramento da fiança, somente ocorrerá quando do descumprimento de medida protetiva. O delegado poderá arbitrar fiança nos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher – e entendemos que, de igual modo, poderá arbitrar fiança nos crimes que envolvam violência contra a criança e/ou adolescente. O que o delegado não poderá fazer é arbitrar fiança para o crime específico de descumprimento de medida protetiva (art. 25 da Lei nº 14.344/22), atinente a violência perpetrada em face deles. Não confunda, o leitor, alhos com bugalhos!

Já o art. 26 trouxe um crime inédito. Trata-se da sociedade colocando os olhos na pessoa do infrator, funcionando como fiscal de condutas que acarretem violência contra as crianças e os adolescentes. E, para tanto, em casos de denúncias de crimes dessa natureza, os entes federativos deverão premiar o denunciante que irá colaborar com a Justiça, com o mesmo espírito do princípio do protetor-recebedor, em seara ambiental.

Contudo, o legislador resolveu criminalizar a omissão daquele que sabe e nada faz para minorar a violência doméstica praticada em desfavor de criança ou adolescente. Quem cala consente, e o consentimento, revelado aqui pelo não agir, passou a ser crime.

Logo, a ausência de comunicação à autoridade pública sobre a prática de violência, de tratamento cruel ou degradante, formas de violência de educação, correção ou disciplina ou mesmo o abandono de incapaz irá

configurar um crime omissivo próprio, cujo dever de agir, por espírito de solidariedade, emana da norma.

Assim, se Mévio Limoeiro, lenhador que é protagonista da vida real da historinha em quadrinhos de João e Maria – que foram levados para a floresta pela segunda vez pela madrastra má, desta vez, sem o miolo de pão para demarcarem o trajeto, sendo por lá abandonados –, presenciar ou tiver conhecimento e nada comunicar à autoridade pública, após o advento do novo diploma legal, por faltar com o seu dever legal de agir, guardando para si a ciência do crime de abandono de incapaz, incidirá nas penas do art. 26 da Lei nº 14.344/22. Se as crianças se ferirem gravemente na floresta (lesão corporal de natureza grave), Mévio ainda terá a sua pena aumentada de metade e triplicada caso venham a perder a vida, bem como terá a sua pena fixada em dobro por ser pai (ascendente) das vítimas. É a vida imitando a arte!

CONCLUSÃO

Durante décadas, o autoritarismo imperou como forma de educação e correção às crianças e aos adolescentes. A violência psicológica, por não ser detectada em exame de corpo de delito, restava invisível aos olhos da sociedade. A violência física, enxergada como castigo justo, era desprezada aos olhos da família, da sociedade e do Estado. Muitas crianças – hoje, pessoas adultas – acumulam traumas de maus tratos velados, outras tantas perderam a vida para que hoje os seus gritos fossem escutados. E foi do encontro da comoção social com o sentir legislativo que brotou a Lei nº 14.344/22.

Que o Direito Penal não pode ser encarado como “um bom pai de família” nós sabemos, mas, quando não se tem nenhuma luz, tudo que reluz vira ouro.

Logo, ainda que essa seja apenas uma resposta do legislador à sociedade, alinhado ao Direito Penal Simbólico, que seja, ao menos, o pontapé inicial para a efetividade daquilo que denominamos de prevenção geral negativa. E, não importa se imbuído de medo da reprimenda ou de valores éticos, se o homem pensar duas vezes antes de agir, já terá razão de ser a própria pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad.: Cláudia Vianna Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997.

proibição de outro. Uma divulgação on-line pode agravar o efeito de lesão à honra. A Lei Fundamental alemã decidiu explicitamente em prol da “democracia militante”, para que os inimigos da Constituição não possam apelar às liberdades concedidas pela Lei Fundamental para ameaçar, prejudicar nem destruir a ordem constitucional ou a existência do Estado sob a proteção dessas liberdades.

PALAVRAS-CHAVE: Fatos alternativos – democracia militante – liberdade de expressão – barreiras – teoria da interação.

ZUSAMMENFASUNG: Freie Meinungsbildung setzt die Freiheit voraus, Meinungen zu äußern und zu verbreiten, aber auch die Freiheit, sich zu informieren und in diesem Zusammenhang geäußerte Meinungen zur Kenntnis zu nehmen. Unwahre Tatsachenbehauptungen („alternative Fakten“) sind grundsätzlich nicht vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst. Wo eine genaue Abgrenzung zwischen Meinungsäußerungen (Werturteilen) und Tatsachenbehauptungen nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes allerdings insgesamt als grundrechtlich geschützte Meinungsäußerung angesehen werden. Meinungsfreiheit darf und muss aber auch Grenzen haben. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet eine Wechselwirkung zwischen der Meinungsfreiheit und den allgemeinen Gesetzen bzw. dem Ehrschutz statt. Es bedarf im jeweiligen Einzelfall einer Abwägung zwischen der Schwere der Persönlichkeitsbeeinträchtigung durch die Äußerung einerseits und der Einbuße an Meinungsfreiheit durch ihr Verbot andererseits. Dabei kann eine Verbreitung im Internet die ehrbeeinträchtigende Wirkung verschärfen. Das deutsche Grundgesetz hat sich ausdrücklich für die „wehrhafte Demokratie“ entschieden, damit Verfassungsfeinde nicht unter Berufung auf die Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, und unter dem Schutz dieser Freiheiten die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staats gefährden, beeinträchtigen oder zerstören können

SCHLÜSSELWORT: Alternative Fakten – wehrhafte Demokratie – Meinungsfreiheit – Schranken - Wechselwirkungslehre

I.

O aniversário da nossa Lei Fundamental alemã, no dia 23 de maio, é celebrado a cada ano com numerosos eventos. Neste ano, um desses eventos foi um painel no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre o tema: “Fatos alternativos – ainda vivemos no mesmo universo?”

Já em 2017, a Alemanha elegeu a expressão “fatos alternativos” como a “palavra mais feia do ano”. Jurados voluntários, linguistas em sua maioria, selecionam essa palavra todos os anos. Segundo os jurados, a designação “fatos alternativos” seria uma expressão velada e enganosa para a tentativa de legitimar afirmações erradas como recurso aceitável no debate público. “Fatos alternativos” são um fenômeno do *Zeitgeist*, do “espírito do tempo”, que nasceu nos Estados Unidos na era de Trump. Mas, há muito, faz parte também da realidade constitucional alemã. O relatório anual de proteção da Constituição de 2021 se ocupa intensamente com os ataques dos inimigos da Constituição, que, embora visem diretamente aos representantes das mídias, aos políticos e a outras pessoas da vida pública, se voltam contra a liberdade de expressão e o pluralismo social e, portanto, contra valores centrais da nossa Constituição.

No entanto, duvido que a pergunta se todos nós “ainda vivemos no mesmo universo” seja o ponto de partida correto. É claro que vivemos no mesmo universo. É justamente por isso que não devemos ignorar o efeito desestabilizador dos “fatos alternativos”. Proveniente do latim, “universo” significa simplesmente “totalidade” – no nosso caso, isso equivale à “coletividade”, de cujas estruturas ordenadoras todos nós dependemos. No entanto, recentemente, as condições para essa totalidade, para a nossa vida nessa coletividade, têm mudado, e disso resultam perigos, que devem ser confrontados pela política e pelo direito.

II.

1. Sempre existiram tentativas de formar opiniões políticas ou pontos de vista públicos, manipular conhecimento e direcionar o comportamento social geral para os objetivos desejados – basta pensar na propaganda em re-

gimes ditatoriais em geral ou no nazismo em especial.² Novas são, porém, as dimensões técnicas que encontramos na era da globalização e da Internet. Espaços de opinião virtuais, nos quais os usuários se reforçam mutuamente em determinada opinião, se tornam cada vez mais importantes para a seleção de informações pelo indivíduo. Prestadores de serviços como Facebook (Meta) e Google assumem também a tarefa de, por meio de algoritmos específicos, ajudar o consumidor midiático a filtrar as informações relevantes para ele e, assim, decidir quais informações lhe são oferecidas. Há muito, a pergunta já não é mais: “*como* formo minha opinião?”, mas, com uma frequência cada vez maior: “*quem* forma a minha opinião?”

2. Novas técnicas (digitais) significam progresso, mas podem causar aquilo que, em inglês, é chamado de “*slippery slope*”.

- A digitalização transformou a comunicação e, assim, também o acesso ao discurso democrático: o simplificou e acelerou. Ela pode ser reduzida à fórmula “minimizar o esforço e maximizar o alcance”. Contudo, devido à disseminação digital irrestrita, os remetentes perdem facilmente o controle sobre o que dizem. É praticamente impossível reverter a desinformação, e ela pode até mesmo desenvolver a sua própria dinâmica. A possibilidade de participar anonimamente de discussões ou sob um pseudônimo também reduz a inibição; observamos uma brutalização crescente da comunicação. Declarações de muitos usuários individuais – planejadas ou espontâneas – se transformam em ataques coletivos (os chamados “*shitstorms*”).

- Isso intensifica a polarização das opiniões. Surgem novos conflitos, a luta pela opinião pública é acirrada, *tolerância* e *cultura de debate* se tornam palavras desconhecidas. Quando isso acontece, falamos em “ódio digital”.

- A mera possibilidade de uma desinformação que utiliza meios digitais leva a uma atmosfera de desconfiança mútua e a um clima social insalubre. A validade de declarações públicas de todos os tipos passa a ser verificada rotineiramente; afinal de contas, os fatos subjacentes podem ser “alternativos”. As discussões nos meios de comunicação são naturalmente acompanhadas por uma “verificação dos fatos”.

2 De acordo com o artigo 20 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, assinado por 173 estados, a propaganda de guerra e ódio é proibida desde 1976.

- “Fatos alternativos” comprovados, independentemente de onde venham, minam a confiança dos cidadãos nos titulares de cargos públicos. No entanto, essa confiança é essencial numa democracia representativa e é indispensável para o convívio numa sociedade baseada no pluralismo. Isso pode resultar numa “fadiga política” e no afastamento dos cidadãos do sistema político da democracia.

Devemos, portanto, fazer-nos perguntas completamente diferentes do que a pergunta se vivemos no mesmo universo: como evitamos a “descida escorregadia” (*slippery slope*)? Como podemos evitar que a nossa década atual entre na história como a “década irrestrita” ou até mesmo como a “década desinibida” no que diz respeito às notícias falsas e aos discursos de ódio, ou seja, uma década em que regras legais e sociais anteriormente aceitas e estabelecidas universalmente simplesmente se dissolveram?

3. As primeiras consequências desse “declive escorregadio” já são perceptíveis: o Estado perde a sua capacidade de direcionamento, a sociedade perde a sua competência social, a democracia perde as bases para um discurso público absolutamente necessário para o seu funcionamento.

- A ação política orientada e os processos democráticos se tornam mais difíceis. Evidentemente, as disputas sobre diferentes posições e opiniões sempre moldaram a nossa coexistência, até mesmo – ou especialmente – numa democracia. No entanto, num contexto de um discurso de ódio contra candidatos a cargos públicos, um número cada vez menor de cidadãos estará disposto a concorrer em eleições e a realizar uma campanha eleitoral. Em nível político local, na Alemanha, candidatos já retiraram a sua candidatura a um mandato, a fim de protegerem a si mesmos, a sua família ou o seu ambiente empresarial.

- A pandemia do coronavírus é outro caso problemático: na Alemanha, circularam informações falsas não só sobre o vírus em si, mas também sobre os perigos e a ineficácia da vacinação. Além disso, houve a disseminação de teorias de conspiração racistas e antisemitas. O relatório atual sobre a proteção da Constituição para 2021 contém pela primeira vez um capítulo separado sobre movimentos que surgiram no decurso dos protestos contra as medidas para conter a pandemia e que se radicalizaram cada

vez mais. O relatório afirma literalmente: “Surgiu aqui uma cena anticonstitucional que ataca persistente e sistematicamente as medidas e instituições estatais, que deprecia o parlamentarismo, desrespeita deliberadamente as decisões judiciais de forma provocatória e ataca verbal e fisicamente os representantes das mídias”. Houve apelos públicos na Internet para uma tentativa de assassinato do primeiro-ministro de um estado federal que se tinha pronunciado a favor de medidas mais rigorosas contra o coronavírus; o ministro federal da saúde como representante de uma suposta “ditadura da Covid” deveria ser sequestrado e torturado; e o governo federal, derrubado. Houve marchas em frente da residência particular do primeiro-ministro de outro estado federal, que, obviamente, pretendiam ter um efeito intimidante. O Tribunal Constitucional Federal foi acusado de confirmar de forma contundente as decisões legislativas referentes à pandemia e de, assim, tornar-se um instrumento do “regime da Covid”.

- Em vista do grande número de infrações cometidas na Internet, os cidadãos estão também vivenciando cada vez mais no seu ambiente pessoal imediato que polícia e judiciário não estão dando conta de todos os casos, experimentando, portanto, uma falta de aplicabilidade do direito penal em particular. O abismo entre “estar no direito” e “obter justiça” está aumentando na esfera digital. A impotência da vítima é contrastada pela certeza do perpetrador de que ele não corre nenhum risco real de ser processado (criminalmente). Isso cria a impressão fatal de que a Internet é um espaço sem lei.

III.

É tarefa conjunta dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – intervir e tomar contramedidas. Isso pode ser feito em nível factual, mas deve ser feito principalmente em nível jurídico.

1. No nível factual, vale observar os fatos e corrigi-los, se necessário. O nosso Comissário Federal de Eleições³ tem sido muito bem-sucedido: nas últimas eleições federais de setembro de 2021, circulavam informações nos

³ O Comissário Federal de Eleições organiza e supervisiona as eleições políticas e os preparativos eleitorais na Alemanha em nível federal. Ele e o seu adjunto são nomeados pelo Ministro Federal do Interior por um período indeterminado. Tradicionalmente, o Presidente do Instituto Federal de Estatística (autoridade federal) assume o cargo de Comissário Federal de Eleições.

meios de comunicação social cujo objetivo era desinformar deliberadamente os eleitores. O Comissário Federal de Eleições pegou notícias falsas que tinham chegado ao seu conhecimento e as corrigiu no seu site.

Um exemplo de tal *desinformação*: eleitores de primeira viagem podem participar de uma loteria quando votam nas eleições para o *Bundestag*; tudo que precisam fazer é escrever o seu nome na cédula de votação. *Correção*: não existe loteria vinculada a eleições federais.

Atenção: se uma referência à identidade do eleitor for escrita na cédula de votação (que indique o seu nome, por exemplo), o voto será considerado inválido, porque põe em risco o princípio do voto secreto (parágrafo 39, seção 1, artigo 1, número 5, da BWG).

2. Em nível jurídico, a comunicação digital nas redes sociais levanta sobretudo questões complexas referentes aos direitos fundamentais.

a) O Tribunal Constitucional Federal ressaltou já em 1956 (decisão de proibição da KPD) que a liberdade de opinião⁴ é “*sem dúvida um dos mais nobres direitos legais de qualquer democracia liberal*”. Outra decisão de 1958 (Lüth) afirma: “É apenas no conflito de opiniões expressas em igual liberdade que se forma a opinião pública, e os membros individuais da sociedade que são abordados formam as suas opiniões pessoais”.

Desde então, essa abordagem tem sido consistentemente aplicada pela jurisprudência dos tribunais constitucionais. A liberdade do debate intelectual é uma condição indispensável para o funcionamento da democracia liberal, porque é a única forma de assegurar o debate público sobre questões de interesse geral e significado político do Estado. A formação livre de opinião ocorre num processo de comunicação. Ela pressupõe, de um lado, a liberdade de expressar e divulgar opiniões e, de outro, a liberdade de se informar e de tomar conhecimento das opiniões expressas nesse contexto.

O Tribunal Constitucional Federal formulou isso da seguinte forma: o direito fundamental à liberdade de expressão é a expressão mais direta

4 Art. 5 GG (1) Todas as pessoas têm o direito de expressar e divulgar livremente a sua opinião na fala, na escrita e nas imagens e de se informar sem impedimentos de fontes geralmente acessíveis. A liberdade de imprensa e a liberdade de divulgação pela rádio e cinema serão garantidas. Não deve haver censura.

(2) Estes direitos são limitados pelas disposições do direito geral, pelas disposições legais de proteção à juventude e pelo direito à honra pessoal.

(3) Arte e ciência, pesquisa e ensino são livres. A liberdade de ensino não isenta da lealdade à constituição.

da personalidade humana na sociedade e um dos direitos humanos mais nobres de todos. Em certo sentido, é a base de toda liberdade pessoal.

a) Em princípio, isso significa: posso dizer absurdos e posso acreditar em absurdos. Juízos de valor são protegidos, e não importa se sejam emocionais ou racionais, valiosos ou inúteis, certos ou errados do ponto de vista dos outros. Existe um direito constitucionalmente protegido à irracionalidade e até mesmo à estupidez.

Mas se me é permitido acreditar em disparates, também me é permitido propagá-los? De um lado, a transformação digital alterou profundamente a formação da opinião pública, e isso deve ser levado em conta à luz do artigo 5º da Lei Fundamental. De outro, vale evitar o que chamamos de “entulhamento verbal” dos meios de comunicação social.

(1) O Tribunal Constitucional Federal decidiu que declarações falsas não são protegidas pelo direito à liberdade de opinião, porque fatos não são juízos de valor. Juízos de valor são caracterizados pelo fato de conterem um elemento de opinião que está ausente em meras afirmações factuais. Essa é, a princípio, uma afirmação muito clara, mas é difícil mantê-la.

Distinguir expressões de opinião, de um lado, e afirmações factuais, de outro, pode ser difícil, porque as duas estão frequentemente interligadas e só em conjunto constituem o significado de uma declaração. Quando uma distinção não é possível, a declaração deve, no interesse de uma proteção eficaz dos direitos fundamentais, ser considerada uma declaração de opinião como um todo e incluída no âmbito da proteção da liberdade de opinião. Caso contrário, existe o risco de uma redução substancial da proteção dos direitos fundamentais.

(2) Apesar dessa interpretação generosa dos direitos fundamentais, a própria Lei Fundamental indica limites à liberdade de expressão. Ela encontra os seus limites nas normas jurídicas das leis gerais, nas normas jurídicas para a proteção da juventude e no direito à honra pessoal (artigo 5 (2) Lei Fundamental).

As leis gerais são leis que não proíbem uma opinião como tal, mas que servem para proteger um direito legal individual que deve ser protegido em geral, sem levar em conta uma opinião específica, ou para proteger um

valor comunitário que prevalece sobre o exercício da liberdade de expressão. Ameaças e menosprezo de outras pessoas não são protegidos pela liberdade de expressão, pois infringem a honra pessoal. As formas de expressão podem também ser relevantes sob o ponto de vista do direito penal, especialmente se incluírem insultos. Nesse sentido, existem, sobretudo, limites para a forma de expressar uma opinião.

De acordo com a jurisprudência consistente do Tribunal Constitucional Federal, existe uma *interação* entre a liberdade de opinião e as leis gerais, por exemplo, a proteção à honra. Em outras palavras, os limites da liberdade de opinião devem, por sua vez, ser interpretados à luz do direito fundamental limitado, ou seja, da liberdade de opinião. O ponto de partida metodológico para essa teoria da interação é uma avaliação da gravidade da lesão à personalidade, de um lado, e, de outro, da perda da liberdade de expressão pela sua proibição.

Essa avaliação é exigida regularmente e só é dispensável sob condições muito rigorosas: no caso de violações da dignidade humana e no caso de insultos formais, ou seja, no caso de difamação que resulta precisa e exclusivamente da forma ou das circunstâncias externas. Isso inclui a chamada “crítica difamatória”, cujo foco não está numa disputa substantiva sobre uma declaração correspondente, mas na difamação de uma pessoa. Exemplo: sem análises ou considerações adicionais, um político não é obrigado a aceitar que seja chamado de “lixo tóxico” ou que seja comparado a fezes. No entanto, a princípio, uma declaração pode ser ácida, exagerada ou polêmica, sem por isso já constituir uma crítica difamatória.

Como regra, haverá, portanto, uma avaliação. A proteção à honra pode ser relegada a um nível secundário, por exemplo, se a declaração não for feita na esfera privada, mas se referir a uma questão pública. A ideia por trás disso é a seguinte: se os cidadãos deixarem de participar do discurso público por medo de sanções jurídicas, isso pode pôr em risco os fundamentos da democracia, porque já não há uma troca de opiniões livre (o chamado efeito “silenciador”). Parte da liberdade de expressão protegida pelos direitos fundamentais é que um cidadão possa atacar um funcionário público que ele considere responsável de uma forma acusatória e personalizada, justamente

sem ter que temer que os elementos pessoais de tais declarações sejam retirados desse contexto e constituam uma base para sanções judiciais.

No entanto, isso não significa que funcionários públicos e políticos devam agora aceitar tudo como resultado de tal avaliação. Afinal, só podemos esperar que haja um desejo de participação no Estado e na sociedade se àqueles que se envolvem e contribuem publicamente for garantida uma proteção suficiente aos seus direitos pessoais. Por isso, uma proteção eficaz aos direitos pessoais dos políticos ou outros funcionários públicos – isso inclui todos os juízes – é também de interesse público, o que pode aumentar o peso desses direitos no processo de avaliação.

Além disso, importa também quem toma conhecimento da declaração: a pessoa em questão, os participantes de um evento fechado ou o público em geral? A declaração é feita apenas oralmente, é perpetuada (por escrito) ou “imortalizada” na Internet, que, como sabemos, não se esquece de nada? Numa decisão de maio de 2020, o Tribunal Constitucional Federal reconhece explicitamente que a Internet pode exacerbar o efeito difamatório e fala, nesse contexto, de “condições de comunicação (digital) intensificadoras de injúrias”.

Em última análise, sempre nos deparamos com classificações que são definidas pelas circunstâncias do respectivo caso individual, mas que se baseiam em critérios constitucionais estabelecidos.

a) Passemos agora para outro aspecto constitucional: “A censura não ocorre” – e de forma tão simples o legislador constitucional regulamentou a relação entre a liberdade de opinião e a intervenção do Estado no artigo 5 (1), frase 3, da Lei Fundamental. Se o cidadão for autorizado a formar e a expressar a sua opinião com base em informações amplas, isso inclui o acesso sem obstáculos aos vários canais de informação. Embora o artigo 5 (1), frase 3, da Lei Fundamental não se aplique diretamente à liberdade de informação, visto que ela só pode ser aplicada depois da publicação por meio de uma contribuição midiática, ela se aplica como reflexo legal se um usuário for prejudicado por medidas de censura na livre disponibilidade das fontes de informação que ele deseja porque estas são suprimidas pelo Estado.

Embora “censura” se refira principalmente à censura preventiva, ou seja, à pré-censura, a ideia de proibir a censura vai mais longe: geralmente, pretende-se evitar a intimidação de opinião ou barreiras à comunicação. Do ponto de vista do participante no discurso, faz pouca diferença se a sua declaração é proibida desde o início ou se ela é ameaçada por consequências negativas posteriores. O que importa é se uma medida conduz efetivamente ao fato de uma opinião não poder ser expressa ou só poder ser levada em consideração de forma limitada, ou seja, se houver um impedimento de comunicação ou um controle da comunicação. Também é evidente que o risco de sanções (penais) subsequentes é visto de forma ainda mais intensa do que a pré-censura, e o efeito de “silenciamento” é assim reforçado. Especialmente para a Internet, é muito claro que uma distinção exata entre pré-censura e pós-censura é praticamente impossível: pois, se a continuação da disseminação do conteúdo uma vez publicado for impedida de forma repressiva, isso significa que aqueles que não conhecem o conteúdo até então são impedidos de tomar conhecimento dele.

b) Último ponto de vista constitucional: que papel desempenha o efeito secundário dos direitos fundamentais? Uma operadora da Internet pode, por iniciativa própria, apagar mensagens dos seus usuários, que são abrangidas pela liberdade de expressão e que, portanto, são legais sob o ponto de vista do direito civil, porque elas violam as regras de comunicação acordadas contratualmente? Essa questão ainda sequer começou a ser discutida e ainda requer esclarecimentos por parte dos tribunais superiores e do tribunal constitucional.

Em todo caso, a interpretação das normas do direito civil em conformidade com os direitos fundamentais não dependerá apenas da liberdade de expressão do usuário afetado pela intervenção da operadora. Uma vez que os usuários fazem uso dos serviços de um prestador de serviços privado nas suas declarações, os direitos fundamentais desse último (tais como o artigo 12 da Lei Básica, a liberdade de exercer a sua profissão) devem também ser levados em conta. Contudo, isso não abarca de forma conclusiva as posições relevantes em matéria de direitos fundamentais. Devido às características especiais do contrato, os direitos fundamentais dos outros usuá-

rios devem ser levados em conta no âmbito da avaliação constitucional, de modo que, em última análise, passa a existir uma constelação multipolar de direitos fundamentais, que não é fácil de resolver. Isso porque as normas de comunicação das redes sociais regulam simultaneamente o comportamento dos membros do meio social entre si. A esfera pública digitalizada levanta novas questões porque os indivíduos dependem dos serviços de empresas privadas para a divulgação midiática do seu conteúdo.

3. Analisemos agora as reações da lei comum dos legisladores diante desse pano de fundo constitucional:

a) Em abril de 2021, uma alteração ao Código Penal entrou em vigor na Alemanha com a Lei de Combate ao Extremismo de Direita e ao Crime de Ódio. O legislador fez assim o que gosta de fazer em tais situações: o direito penal é adaptado e acentuado.

A fundamentação da lei explica: na Internet e, mais especificamente, nos meios de comunicação social, observa-se uma brutalização crescente da comunicação, o que põe em risco a liberdade de expressão. No caso de uma interferência maciça no discurso público, muitas vezes também político, o Estado tem o seu próprio interesse em processar o perpetrador, independentemente de a pessoa em causa ter apresentado uma queixa, a fim de impor o Estado de direito e as regras democraticamente estabelecidas na Internet. Assim, para além da lesão dos interesses jurídicos individuais, existe explicitamente uma proteção à troca de opiniões como um todo contra o ódio digital, ou seja, uma proteção do espaço público do discurso e, portanto, um interesse supraindividual da sociedade como um todo, que, de acordo com a vontade legislativa, deverá ser contemplado pelas novas normas do direito penal.

Cito aqui alguns exemplos de algumas das mudanças:

- O reconhecimento – público, numa reunião ou por difusão na Internet – de infrações penais (seção 140, nº 2, Código Penal) já não exige que a infração penal tenha sido efetivamente cometida ou, pelo menos, tentada de forma punível. De acordo com o legislador, a defesa pública da afirmação de que alguém deve ser “executado” deveria ser um exemplo da responsabilidade criminal que agora existe.

- Quando um insulto é cometido em público, numa reunião ou através da sua difusão na Internet (o chamado insulto público pela Internet), o juiz tem à sua disposição um leque de punições mais severas (até dois anos de prisão ou uma multa; qualificação segundo § 185 HS 2 Código Penal).

- Os políticos regionais estão agora incluídos na proteção especial às pessoas na vida política do povo contra calúnia e difamação (seção 188 frase 2 Código Penal) através de um aditamento explícito à disposição penal: “A vida política do povo se estende até o nível municipal”.

Essas podem ser abordagens corretas, mas: as infrações penais devem ser identificadas como tais, as suas condições devem ser determinadas pelos Ministérios Públicos e punidas pelos tribunais. Devido ao grande número de infrações já mencionadas e à resultante sobrecarga maciça imposta à polícia e ao judiciário, o verdadeiro problema não está no nível da aplicação legal, mas sim no nível da imposição da lei, que não é abrangida e moldada pelo mero endurecimento dos regulamentos de direito penal.

a) Isso foi reconhecido pelo legislador. A sua *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG)⁵ [Lei de Aplicação na Rede], popularmente chamada de Lei Facebook, destina-se a ajudar aqui e a regular as plataformas como tal. É uma lei nacional que também responde à crescente propagação de crimes de ódio e outros conteúdos puníveis, especialmente em redes sociais como Facebook, YouTube e Twitter. Em seu âmbito de aplicação, os fornecedores de redes sociais serão responsabilizados: a lei pretende facilitar e acelerar a aplicação dos direitos de personalidade contra plataformas on-line e eliminar informações falsas.

1) Um resumo sucinto:

- A lei se aplica aos operadores de redes sociais que têm mais de dois milhões de usuários registrados na Alemanha (§ 1 para. 1 e para. 2 NetzDG). O conteúdo ilegal relevante listado na lei (§ 1 para. 3 NetzDG) inclui: pôr em risco o Estado constitucional democrático, incitamento do povo, infrações contra a ordem pública, tais como a formação de organizações criminosas, insultos às comunidades religiosas, difamações, calúnias,

5 A lei entrou em vigor em 1º de outubro de 2017. Em 1º de janeiro de 2018, terminou o prazo de transição, dentro do qual as empresas tiveram que satisfazer as exigências do NetzDG.

ameaças e falsificação de dados relevantes para a prova (por exemplo, certificados de vacinação por negadores do coronavírus).

- Os fornecedores de redes sociais que recebem mais de 100 queixas sobre conteúdos ilegais dos seus utilizadores durante um ano são obrigados a preparar um relatório de responsabilidade em língua alemã sobre o processamento dessas queixas nas suas plataformas e a publicá-lo no Diário Oficial e na sua própria homepage (§ 2, para. 1, NetzDG).

- Os operadores de redes sociais devem eliminar ou bloquear “conteúdo obviamente ilegal dentro do prazo de 24 horas” após o recebimento de uma queixa (§ 3 para. 2, nº. 2 NetzDG). Em casos mais complexos, aplica-se um período de sete dias, a fim de decidir sobre eliminação ou bloqueio (§ 3 para. 2 nº. 3 NetzDG). Esse período de uma semana pode ser estendido se forem levados em conta possíveis fundamentos de justificação e se for necessário incluir o contexto de uma declaração. Se a avaliação depender do contexto, também deve ser dada ao usuário a oportunidade de se explicar.

- Em casos individuais, a operadora da rede social pode fornecer informações sobre os dados que detém, na medida em que tal seja necessário para fazer valer ações civis por violação de direitos protegidos devido a um conteúdo ilegal. A prestação de informações requer uma ordem judicial prévia, que a parte infringida deve requerer no tribunal regional competente.

- As empresas devem (§ 5 NetzDG) designar uma pessoa autorizada a receber o serviço na Alemanha; isso é determinado diante do pano de fundo de que a maioria das grandes empresas de redes sociais têm a sua sede no exterior. A Administração de Justiça Federal controla o cumprimento dos novos requisitos e instaura processos de multa contra a empresa em questão em caso de violação.

- Desde fevereiro de 2022, a lei (artigo 3a NetzDG, emendada pela Lei [suplementar] de Combate ao Extremismo de Direita e ao Crime de Ódio, de 30 de março de 2021) obriga as operadoras de redes sociais adicionalmente a denunciar determinados conteúdos ao Departamento Federal da Polícia Criminal, com o objetivo de permitir a acusação de delitos penais se houver indícios concretos de risco ao Estado de direito democrático ou de violações à ordem pública (artigo 3a (2) NetzDG). Para implementar o

novo regulamento, foi criado o Gabinete Central de Denúncias de Conteúdo Punível na Internet no Departamento da Polícia Criminal Federal, com cerca de 200 funcionários, que verifica a relevância criminal das denúncias, bem como as potenciais ameaças, identifica o autor e, se necessário, transmite o caso às autoridades locais competentes para acusação posterior.

2) Desde o início, houve uma forte resistência a esses novos regulamentos legais por parte das operadoras de rede:

- Em primeiro lugar, isso diz respeito aos custos de mão de obra que as exigências causam: Facebook (agora Meta) tem agora mais de 1000 moderadores de conteúdo só na Alemanha, que monitorizam e, se necessário, apagam postagens que violam a Lei de Aplicação da Rede.

- As operadoras de rede desenvolveram quase que imediatamente um comportamento evasivo. Sequer reagem aos relatórios dos usuários. Além disso, existem estudos que polarizam ou dividem o conteúdo que, através de algoritmos, é mais divulgado do que o conteúdo de reportagens equilibradas (como acontece, por exemplo, no caso do Facebook). Isso ocorre porque levam os usuários a interagir numa determinada medida, os utilizadores permanecem mais tempo na plataforma, e os seus dados podem ser utilizados de forma lucrativa para publicidade. Facebook (Meta) também “esconde” o canal de denúncia por violações, enquanto o Twitter complica desnecessariamente os formulários de denúncia.

a) Contudo, a Lei de Aplicação da Rede foi e é também discutida por terceiros de forma controversa. O foco está nas preocupações constitucionais:

- Vê-se o perigo de que a lei venha a restringir indevidamente a liberdade de expressão. Os períodos curtos e rígidos de eliminação fazem com que as redes prefiram retirar contribuições em caso de dúvida, mesmo que a liberdade de opinião garantida pelos direitos fundamentais tivesse exigido uma consideração relacionada ao contexto. Muita informação só pode ser compreendida a partir do contexto, que as plataformas não podem avaliar por conta própria. As operadoras seriam praticamente forçadas a eliminar até conteúdos potencialmente lícitos sem que os tribunais estatais se tivessem pronunciado sobre eles. A solução de “bloqueio em caso de dúvida” e, portanto, o risco de “bloqueio excessivo” já resulta

da racionalidade econômica. Em suma, às operadoras de rede seriam confiadas tarefas que pertencem ao Estado. O Estado não deve subcontratar procedimentos de verificação a entidades privadas e obrigá-las a verificar o conteúdo de terceiros e bloqueá-lo em conformidade. A prevenção e o combate ao discurso do ódio e às *fake news* é uma tarefa pública que o Estado não podia evitar.

Google (Irlanda), em nome da sua filial YouTube, recorreu à aplicação do novo regulamento perante um tribunal administrativo alemão. A divulgação de dados privados sem uma suspeita inicial estabelecida com segurança seria inadmissível. A ação penal deve continuar a ser um assunto do Estado. Mais tarde, Facebook (Meta), TikTok e Twitter também entraram com ações judiciais. Com decisões datadas de 1º de março de 2022, o tribunal administrativo competente de Colônia acatou os pedidos urgentes de Google e Meta, por razões que se encontram no direito da União. A Lei de Aplicação da Rede, com o seu § 3º, viola o princípio do país de origem⁶ da Diretiva sobre o Comércio Eletrônico e, por conseguinte, não é aplicável.

5. Entrementes, está surgindo uma solução supranacional no âmbito da União Europeia, baseada, sobretudo, na constatação de que um único país não pode se opor de modo eficaz aos desenvolvimentos negativos na Internet a um nível puramente nacional. Nessa primavera, as instituições europeias acordaram um pacote regulamentar abrangente para plataformas on-line.

Sobretudo o Digital Service Act⁷ constitui a base para a regulamentação do espaço digital, que se destina a respeitar e fazer respeitar os valores europeus. A Lei dos Serviços Digitais irá complementar a Diretiva sobre o Comércio Eletrônico, agora com 20 anos, e atualizar partes dela. Isso inclui tornar uniformes em toda a Europa os procedimentos de denúncia

6 O princípio do país de origem se refere a vários princípios que regulam a posição jurídica dos fornecedores de bens e serviços num mercado comum, como a União Europeia, no comércio transfronteiriço. Aplicam-se as regras do país de origem.

7 Segundo pilar: A Lei dos Mercados Digitais complementa a lei da concorrência e visa a limitar o poder das empresas digitais dominantes. Nele, a Comissão da UE estabelece um código de conduta para as grandes empresas digitais. Regras mais estritas serão aplicadas então a plataformas centrais on-line, tais como máquinas de busca, redes sociais ou serviços de corretagem on-line: Por exemplo, já não lhes será permitido favorecer as suas próprias ofertas no ranking. Anteriormente, só existiam regulamentos comparáveis na Alemanha com a Lei da Digitalização da GWB, que entrou em vigor em 2021.

e remoção imediata de conteúdos ilegais. Além disso, haverá obrigações de devida diligência para as grandes plataformas on-line. Para assegurar uma implementação eficaz e uniforme, o Conselho Europeu e o Parlamento Europeu decidiram atribuir à Comissão Europeia o poder de controle exclusivo sobre as principais plataformas e máquinas de busca, em cada caso, em cooperação com os Estados-Membros.

Ao mesmo tempo, é introduzida a obrigação de as grandes plataformas e serviços analisarem anualmente os riscos sistêmicos que representam no que diz respeito à disseminação de conteúdos ilegais, efeitos adversos aos direitos fundamentais, manipulação de serviços com impacto sobre os processos democráticos e a segurança pública.

Diante do pano de fundo da agressão russa na Ucrânia e da possível manipulação de informação on-line sobre ela, recentemente, incluiu-se um novo regulamento, que introduz um mecanismo de reação rápida, que pode ser ativado pela Comissão, se necessário. Destina-se a permitir a análise das atividades das principais plataformas e motores de busca e o seu impacto sobre a crise da Ucrânia e, se necessário, a tomar medidas para salvaguardar os direitos fundamentais.

4. O acordo em nível europeu é recebido predominantemente de forma positiva. Fala-se até de um “ponto de virada na história da regulamentação da Internet”. A Lei de Aplicação da Rede será amplamente ultrapassada pela Lei do Serviço Digital (sob a forma de um regulamento europeu). As questões e discussões constitucionais continuarão, contudo, a acompanhar-nos, agora em nível do direito supranacional e tendo como pano de fundo nada menos do que três catálogos diferentes de direitos fundamentais (Carta dos Direitos Fundamentais da UE, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lei Fundamental nacional).

IV.

Senhoras e senhores, cheguemos a uma conclusão.

A democracia precisa de liberdade de opinião e diversidade de opiniões para se desenvolver e evoluir. A democracia deve, portanto, não só tolerar a opinião divergente, mas também a opinião incômoda e até mesmo

a opinião equivocada e aberrante. É precisamente aqui que a força democrática é demonstrada.

Mas, acima de tudo, a democracia precisa de uma coisa: de democratas que lhe dão vida. A democracia só pode ser protegida e preservada se os cidadãos se identificarem com ela e participarem no debate intelectual e político. Se isso faltar porque, diante de *fake news*, *shitstorms* e discursos de ódio, ninguém deseja se envolver, concorrer a um cargo público ou representar o Estado neste gabinete, então estamos realmente ameaçados por um “*slippery slope*” e, como resultado, por uma “década sem limites”.

Para impedir isso, a liberdade de expressão pode e deve ter limites. A nossa Lei Fundamental alemã optou explicitamente pela *wehrhafte Demokratie* (democracia de defesa), para que os inimigos da Constituição não possam, invocando as liberdades concedidas pela Lei Fundamental e sob a proteção dessas liberdades, pôr em risco, prejudicar ou destruir a ordem constitucional ou a existência do Estado.

Porque não é só a democracia que precisa de nós. Todos nós precisamos da democracia.