FACULDADE MARINGÁ

XXII SIMPÓSIO JURÍDICO

O Direito na atualidade: perspectivas e análises

2020

Centro de Ensino Superior do Paraná – CESPAR
Amaury A. Meller Filho – Diretor Geral
Elza Korneiczuk Meller - Diretora Acadêmica
Fernando R. de Almeida – Coordenador do Curso de Direito

XXII SIMPÓSIO JURÍDICO
2020

Coordenação Geral
Fernando R. de Almeida
Roseli de M. G. M. dos Santos

Coordenação Executiva
Amaury A. Meller Filho
Roberson Neri Costa

Comissão Científica
Claudia Regina Voroniuk
Débora Goeldner P. Oliveira
Marcelo Augusto Pirateli
Mateus Ramalho R. da Fonseca
Silvia Regina E. Gonzaga
Taís Zanini de Sá Duarte Nunes

Coordenação de Tecnologia e Informação
Rafael Caldini Raniero

Revisão Ortográfica
Silvia Regina E. Gonzaga

Arte
Márcio Augusto Dias Andrade

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E271 O Direito na atualidade: perspectivas e análises/Organizadores Amaury Antonio Meller Filho; Fernando Rodrigues de Almeida; Taís Zanini de Sá Duarte Nunes –- Maringá: CESPAR, 2020.
p. 438
Apresentação no XXII Simpósio Jurídico, em novembro de 2020.
ISBN 978-65-993169-0-6
1. Direito. Org. I. Meller Filho, Amaury Antonio, org. II. Almeida, Fernando Rodrigues de, org. III. Nunes, Taís Zanini de Sá Duarte; IV. Simpósio Jurídico (22.: Maringá-PR, 2020). V. Centro de Ensino Superior do Paraná.
CDD 340

Elaborado por: Maria José Ribeiro Betetto - Bibliotecária - CRB 9/1.596

O conteúdo dos artigos é de responsabilidade exclusiva dos autores. Os editores e o conselho editorial não se responsabilizam pela redação nem pelos conceitos emitidos pelos colaboradores. Copyright: Curso de Direito da Faculdade Maringá. Direitos desta obra reservados ao Centro de Ensino Superior do Paraná – CESPAR – Faculdade Maringá. Av. Prudente de Moraes, 815, Centro, CEP 87020-010, Maringá-PR.Tel.: (44) 3027-1100 – Fax: (44) 3027-1200. www.faculdadesmaringa.br. É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem autorização expressa do Editor.

SUMÁRIO / CONTENTS

AGRADECIMENTOS 5

PREFÁCIO.....8

I. A CONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DA RELAÇÃO ENTRE VIDA SACRA E PODER SOBERANO EM AGAMBEN.....10
Douglas Ferreira Barros; Franciele Quétsia Araújo Lins

II. A HIPOCRISIA DO PODER: A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E O PARADOXO DO ESTADO VIOLADOR E GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....47
Alan Ibn Chahrur

III. A PSICOPATIA E A IMPUTABILIDADE.....66
Roseli de Melo G. Marques dos Santos; Thaynara Katielle Providelo Pereira

IV. ALIENAÇÃO PARENTAL.....97
Alessa Rodrigues Sarri; Débora Goeldner Pereira Oliveira

V. AS STARTUPS E OS CONTRATOS PARA INVESTIDOR ANJO: CLÁUSULAS E COMPONENTES CONTRATUAIS 114
João Marcos Mariani Junior; Rodolfo Grellet Teixeira da Costa

VI. CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR.....133
Leticia Marcolino Ferreira; Silvia Regina Emiliano Gonzaga

VII. CORONAVÍRUS E A PANDEMIA - A INAUGURAÇÃO DE UM ESTADO DE EXCEÇÃO PELA CRIAÇÃO DE UM NOVO (A) NORMAL.....159
Bruno Henrique Silva da Costa; Rodolfo Grellet Teixeira da Costa; Sergio Benedito de Oliveira

VIII. COVID-19: CRISE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: SISTEMA PRISIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA 176
Beatriz Yoko Miyamoto; Camila Viríssimo Rodrigues da Silva; Matheus Henrique dos Santos Pereira

IX. CRIME E EMBRIAGUEZ À LUZ DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*.....203
Gustavo Henrique Arnaut Braz; Jaqueline Odorico da Silva Tourinho

X. DIREITO À VIDA DURANTE À CAÇA AS BRUXAS 230
Debora Goeldner Pereira Oliveira; Jéssica Bérgamo Miranda

XI. DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO PENAL: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO.....263
Gustavo Noronha de Ávila; Thaís Aline Mazetto Corazza

XII. ISENÇÃO TRIBUTARIA SOBRE ÁREAS DE IMPORTANCIA AMBIENTAL E POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS.....293
Juliane Ap. Kerkhoff; Thiago Vinícius Antoniassi

XIII. O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA, A FLEXIBILIDADE DA NORMA E O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL 333
Cláudia Regina Voroniuk; Taís Zanini de Sá Duarte Nunes; Thaís Ferreira Tancler Machado

XIV. O JEITINHO, CORRUPTO, BRASILEIRO.....363
Debora Goeldner Pereira Oliveira; Gustavo Henrique Arnaut Braz

XV. OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID19 NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE COMPRA E VENDA.....382
Cláudia Regina Voroniuk; João Marcos Mariani; João Marcos Mariani Junior

XVI. SISTEMA MULTIPORTAS NO BRASIL: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB UM NOVO OLHAR 405
Arthur Bertolo Bulla; Patrick Fornazza Rodrigues; Tais Zanini de Sá Duarte Nunes

I. A CONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DA RELAÇÃO ENTRE VIDA SACRA E PODER SOBERANO EM AGAMBEN

Douglas Ferreira Barros[1]
Franciele Quétsia Araújo Lins[2]

RESUMO: O estado de exceção consiste na suspensão do ordenamento jurídico em parte ou *in toto*. Segundo Agamben (2010), o paradigma atual do cenário político-jurídico é a permanência desse estado, tornando-se regra onde quer que o poder soberano atue sobre indivíduos, agindo sobre uma vida destituída de direitos, a saber, vida nua e/ou sacra. Assim, este artigo almeja explanar e compreender a construção dos conceitos de vida sacra, poder soberano, sacralidade e as demais definições essenciais que ramificam a filosofia crítica de Giorgio Agamben, a partir, principalmente, das obras: *Estado de exceção* (2004) e *Homo sacer - poder soberano e vida nua I* (2010).

PALAVRAS-CHAVE: Vida sacra. Poder soberano. Estado de exceção.

ABSTRACT: The state of exception Consist in the suspension of the legal order in part or in toto. According to Agamben (2010), the current paradigm of the political-legal permanecen of this state, becoming a rule wherever sovereign power acts on individuals, acting on a life devoid of rights, namely, naked and/or sacral life. In this way, this article aims to explain and understand the construction of the concepts of sacred life, sovereign power, sacredness and other essential definitions that branched out the modern critical philosophy in Giorgio Agamben, starting from the works: *State of exception* (2004) and *Homo sacer- sovereign power naked life I* (2010).

KEYWORDS: Sacred life, sovereign power, state of exception.

---

[1] Douglas Ferreira Barros (Faculty Member) é Professor de Filosofia da Faculdade de Filosofia e do PPG em Ciências da Religião da PUC-Campinas (Campinas-Brasil). Doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Fez estágio de doutorado na École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS-Paris). Email: douglasfbarros@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4396269727605413

[2] Graduada em Filosofia pela PUC-Campinas. Graduanda em Ciências Sociais pela UNICAMP. Email: frann.linns@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Nas obras *Homo sacer: poder soberano e vida nua I* (2010) e *Estado de exceção* (2004), Giorgio Agamben expõe a estrutura originária do paradigma jurídico-político ocidental, ou seja, do Estado democrático de Direito. Para Agamben, esta estrutura é a exceção, e é ela que nutre o direito, uma vez que a exceção não cabe em letra de lei e abarca qualquer situação fora dela, bem como o poder constituinte, que não se esgota na forma constituída de poder. Por conseguinte, quem habita essa zona de não-lugar do direito é o soberano, pois ele detém o poder da decisão. Este, por seu turno, tem força de lei sem lei, isso quer dizer que está vazia de conteúdo, mas que repercute como se houvesse letra de lei. Assim, a "força de lei" soberana aplica-se, desaplicando-se a norma.

A vontade soberana age sem limites sobre a vida humana, a qual está destituída de direitos, pois o ordenamento jurídico está suspenso. Agamben denomina essa vida como vida nua, ou ainda, vida sacra, já que não é possível delineá-la, qualificá-la. Por isso, os indivíduos que outrora tinham suas vidas regularizadas pelo arcabouço jurídico, agora se encontram disponíveis ao bel-prazer soberano. Ademais, a vida sacra é aquela que, ceifada por outrem, não configura homicídio e nem sacrifício; ela é, todavia, vida matável. O autor explica:

> A estrutura topológica, que esta dupla exceção desenha, é aquela de uma dúplice exclusão e de uma dúplice captura, que apresenta mais do que uma simples analogia com a estrutura da exceção soberana. (...) Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da

> insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. *A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra.* (AGAMBEN, 2010, p.84).

Neste sentindo, o norte deste artigo é compreender a construção filosófica e o percurso que Agamben estabelece na relação entre o poder soberano e a vida sacra. E ainda, verificar como os conceitos de soberania, vida sacra e sacralidade estão implicadas no Estado Democrático de Direito e como o ordenamento jurídico e dignidade humana estão sujeitas ao soberano. A partir disto, pretende-se responder às seguintes questões: o que significa a vida sacra, mas não sacrificável? De que forma é garantida a dignidade humana se o direito está suspenso, se a vida humana está disponível, matável, e sacra? Que diferença este modo de compreensão da vida se difere do sacrifício, tal como concebido pela religião cristã?

A fim de responder tais questões usamos como metodologia o levantamento bibliográfico das obras centrais de Giorgio Agamben: *Homo sacer – poder soberano e vida nua I* (2010), *Estado de exceção* (2004), *O que resta de Aushwitz: o arquivo e a testemunha* (2008). No entanto, não se dispensaram outras bibliografias primárias e secundárias. Ademais, o artigo está dividido em quatro seções: do poder soberano, do poder soberano em relação com vida sacra, vida sacra e suas re-apresentações na biopolítica moderna e, por fim, as considerações finais.

2. DO PODER SOBERANO

O pensamento político-jurídico de Agamben — inspirado nas leituras schmittianas — concebe que o Estado Democrático de Direito incorpora o estado de exceção de forma permanente (AGAMBEN, 2010).

Assim, o ordenamento jurídico, que tem por função normatizar e garantir aos cidadãos os seus direitos, está em permanente suspensão. O estado de exceção é uma resposta do Estado a um caso particular, em que não é possível se mensurar os atos que poderão acometer a ordem. Desse modo, a exceção está incluída no ordenamento jurídico, mas não pertence a ela, já que se trata de um caso particular — excepcional —, o qual o ordenamento não pode prever. E só pode estar em vigor se o soberano assim o decidir. Sobre isso escreve Schmitt: "Soberano es quien decide sobre el estado de excepción" (2009 p.13). Para o autor, o soberano detém o caráter decisionista, no que tange às circunstâncias imprevisíveis. De acordo com o filósofo, cabe ao soberano a competência para decidir se a constituição pode ser suspensa *in toto* (SCHMITT, 2009).

E também para Schmitt os conceitos da filosofia moderna, acerca da teoria moderna do Estado, estão diretamente relacionados à teologia e não passam de conceitos teológicos secularizados (SCHMITT, 2009). Assim, Schmitt escreve que "el estado de excepción tiene em la jurisprudência análoga significación que el milagro em la teologia. Sólo tiniendo conciencia de esa analogia se llega a conocer la evolución de las ideas filosófico-políticas em lós últimos siglo." (2009, p.37).

Deste modo, assim como o milagre está para a teologia, o estado de exceção está para a teoria do estado moderno. Ambos fogem da normalidade. Por isso, o estado de exceção está incluído, mas não pertence ao ordenamento jurídico, já que um caso particular não tem como ser compreendido em letra de lei, pois excede a normatização. Assim, a exceção é a resposta à ameaça ao poder soberano e ao conflito, por isso tem caráter imediatista (AGAMBEN, 2010, p. 12).

O estado de exceção encontra-se em uma zona de indiferença, pois ele não está nem dentro e nem fora do ordenamento jurídico (paradoxo do dentro-fora). O soberano, por sua vez, também não está dentro e nem fora do ordenamento jurídico, a possibilidade de validar ou não o estado de exceção o condiciona e o coloca no posto de maior autoridade na estrutura político-jurídica. Assim, a exceção pertence à estrutura da soberania. Acerca disso, o filósofo propõe:

> Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente jurídica, nem uma categoria exclusivamente política, nem uma potencia externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão (AGAMBEN, 2010, p.35).

O estado de exceção está vinculado ao estado de direito. Ou ainda, o estado de exceção é um espaço vazio de direito, em que a ordem jurídica está em constante relação. A própria norma presume a sua instituição, já que ele se aplica desaplicando-se à norma estabelecida. Agamben propõe que essa relação de exceção, quando voltada ao indivíduo, é uma relação de *bando*, ou melhor, de *abandono*, pois não é simplesmente torná-lo indiferente à lei ou estar fora dela, mas é fazer do indivíduo alguém exposto ao limiar entre vida em abandono e o direito, na fronteira do externo e do interno, no limite do legal e não-legal. Desse modo, o autor italiano afirma que a "relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o abandono." (AGAMBEN, 2010, p. 35).

Há, portanto, uma força, uma potência de *nómos* que mantém a vida em bando na forma de abandono. Esta inscrição da vida na legalidade

por meio do abandono a deixa à mercê de todo o tipo de violência que o soberano julgar necessário para conseguir recuperar a ordem que está sob seu jugo. Assim, a força de lei ou *nómos* está no fato de que o direito e a violência associam-se, não sendo passível de distinção um do outro; ambos se confundem, gerando um ponto de indiferença, que transpassa o limiar entre violência e direito e direito em violência. Nas palavras do autor:

> *O nómos soberano é o principio que, conjugando direito e violência arrisca-os na indistinção*. Neste sentido, o fragmento pindárico sobre o *nómos basiléus* contém o paradigma oculto que orienta toda sucessiva definição da soberania: o soberano é o ponto de indiferença entre violência e direito, o limiar em que a violência traspassa em direito e o direito em violência. (AGAMBEN, 2010, p.38).

Se não há distinção entre a violência e o direito e se a vida só está incluída na medida em que pode ser excluída do ordenamento jurídico, isso significa que no poder soberano sobrevive algo do estado de natureza, visto que a qualquer momento os direitos outorgados pelo soberano podem ser suspensos, deixando a vida, que outrora deveria ser protegida, agora se encontra vulnerável a qualquer tipo de violência que advenha dele. É justamente essa potência, do outro tipo de estado de natureza que nutre o interior do *nómos*, da vida exposta à autoridade soberana. Assim como a regra vive da exceção. A exceção é uma nova aparência do estado de natureza, ou ainda, conforme Agamben: “São apenas as duas faces de um único processo topológico no qual, como numa fita de Moebius ou em uma garrafa de Leyden, o que era pressuposto como externo (o estado de natureza) ressurge agora no interior (como estado de exceção).” (AGAMBEN, 2010, p. 43).

Assim, o que nutre o estado de direito é a exceção. Se a exceção e a normalidade só podem ser declaradas pelo soberano, isso significa que o soberano está no limiar entre a violência que põe direito e a violência que o conserva [Benjamin], ou ainda, entre poder constituído e poder constituinte [Schmitt]. Para elucidar o que é poder constituído e poder constituinte, Agamben utiliza-se da definição de Burdeau (AGAMBEN, 2010, p.46). O primeiro é aquele que se encontra somente no Estado, inserido na ordem constitucional. E o poder constituinte se encontra fora do Estado, ou seja, não deve nada ao Estado, existe sem ele. A relação entre poder constituído e constituinte é a mesma entre estado de direito e exceção. Ou seja, o poder constituído se nutre do poder constituinte. Desse modo, a exceção se apresenta como poder constituinte, pois se encontra num espaço de anomia fora do direito.

Conforme Agamben, o poder constituinte é potência, no sentido aristotélico, ou seja, ela não depende e se configura pela sua autonomia. Isso se manifesta pela potência de não, em que a sua existência mantém relação de suspensão com o ato. Não passar a ato, não significa que esta não se realiza ou se destrói, mas configura a realização de não poder ser. Esta potência volta-se para si mesma, doando-se a si. Ela, potência-de-não, manifesta sua forma de suspensão em relação com o ato, assim como o poder constituinte à norma. Se a exceção é uma forma do poder constituinte, a relação acima também explica a relação do soberano com o *bando*, em que a exceção aplica se desaplicando, nas palavras do autor: “a estrutura da potência, que se mantém em relação com o ato precisamente através de seu poder não, corresponde aquela do *bando* soberano, que aplica-se à exceção desaplicando-se.” (AGAMBEN, 2010, p. 52).

A potência negativa (impotência) se mantém porque ela não está reduzida ao ato, ela é consistente por si só. E, é o que permite que a potência não se extinga na passagem do ato. Se ela se reduzisse ao ato, se esgotaria. No entanto, não é o que acontece, por exemplo: um tocador de cítara mantém inabalável sua potência de tocar mesmo quando não toca. A impotência não se esvanece, isto é, não é "(...) a sua destruição, mas é, ao contrário, a sua realização o voltar-se da potência sobre si mesma para doar-se a si mesma." (AGAMBEN, 2010, p.52). A impotência não se reduz e nem se sujeita ao ato, bem como o poder constituinte - nenhuma norma o restringe ou limita ou o esgota. E assim também acontece com a exceção: nada a restringe e esgota; ela existe em suspensão daquilo que está aplicado, a saber, o Estado de Direito. Por seu turno, desaplica-se a norma para se aplicar a vontade soberana.

Desse modo, a relação do bando soberano só pode ser explicada pela exceção. A soberania, em última análise é a figura do "pensamento do pensamento", aquele que o pensamento em ato pensa a própria potência de pensar. Ademais, pode-se dizer que a soberania se autossuspende de acordo com a sua própria vontade, ela "pensa" a si mesma ou, ainda, está doada a si. Agamben sustenta:

> A soberania é sempre dúplice, porque o ser se autossuspende mantendo-se, como potência, em relação de *bando* (ou abandono) consigo, para realizar-se então como ato absoluto (que não pressupõe, digamos, nada mais do que a própria potência). No limite, potência pura e ato puro são indiscerníveis, e esta zona de indistinção é, justamente, o soberano (na metafísica de Aristóteles, isto corresponde à figura do "pensamento do pensamento", ou seja, de um pensamento que pensa

> em ato somente a própria potência de pensar). (AGAMBEN, 2010, p.53).

Nessa condição, a ação soberana nunca perde a sua força, sua capacidade de se automanter e se autossuspender. Assim, quando a violência que conserva o direito se esvanece, o soberano é capaz de instituir uma nova forma do direito, que está designada a ser superada. Esse processo é cíclico e permite que a forma de lei pura se apresente como engrenagem necessária para a manutenção deste paradigma. No entanto, o que está em jogo é a zona de anomia formada pela indistinção entre violência e o direito.

A forma de lei pura no estado de exceção é aquela que vigora, mas não significa. Ausenta-se dela o *logos*, a norma. E toda norma só é possível ser aplicada se houver sua suspensão, já que a letra de lei não tem capacidade de atingir a práxis, ou seja, de denotar algo na realidade. Isto é, a norma está separada da aplicação, e somente deste modo é possível existir aplicação; esta é uma ação sem significado, destituída de qualquer logos, em que a vontade soberana se manifesta.

Tal ação, no entanto, se configura como força de lei sem lei. A lei encontra-se no ponto zero, em que não há conteúdo. Aí revela-se a sua insignificação e vigora justamente por não significar, nesse espaço vazio de direito (AGAMBEN, 2010, p.57).

Se o *logos* normativo está suspenso, e é este que qualifica a vida humana, isto significa que a qualificação da vida também está suspensa. Assim, toda ação advinda do soberano terá implicação direta sobre essa vida inqualificável, a saber, vida nua. É dessa relação que se tratará a seguir.

2.2 DO PODER SOBERANO EM RELAÇÃO COM A VIDA SACRA

A forma de lei em que a vida humana está diante do estado de exceção é aquela que vigora sem significar, em que a norma não possui força para ser aplicada, ensejando dessa maneira a decisão soberana. Para explicitar a pura forma da lei, o autor recorre ao camponês kafkaniano:

> [...] a lenda kafkiana expõe a forma pura da lei, em que ela se afirma mais força justamente no ponto em que não prescreve mais nada, ou seja, como puro *bando.* O camponês é entregue à potência da lei, porque esta não exige nada dele, não lhe impõe nada além da própria abertura. Segundo o esquema da exceção soberana, a lei aplica-se-lhe desaplicando-se, o mantém em seu *bando* abandonando-o fora de si. (AGAMBEN, 2010, p.55).

O camponês está entregue à potência da lei, pois qualquer ação realizada pelo soberano, no estado de exceção, tem força-de-lei sem lei. Sem lei, pois não há conteúdo, somente força. A potência de lei não lhe exige nada, porque a sua relação com a exceção é de abandono. Assim, ele [o camponês e/ou a vida] só foi incluído na lei pela possibilidade de ser excluído. Portanto, a sua inclusão no direito permite a sua exclusão do ordenamento jurídico em suspensão. E a sua exclusão do direito permite sua inclusão no bando soberano. A relação que aqui está em jogo é a de abandono (AGAMBEN, 2010, p.57), que acomete todo vivente, tornando-o refém da vontade soberana. A vida humana passa de sujeito da norma para objeto, disposta a vontade do poder. A ação do soberano é irrestrita sobre qualquer vida, pois não há logos, norma que o restrinja.

O que subsume a vida ao soberano é a culpa, estar-em-débito (*in culpa esse).* Isto é, “estar em relação com algo do qual se foi excluído ou que não se pode assumir integralmente.” (AGAMBEN, 2010, p.33). E esta

foi excluída do direito. Mesmo com a norma suspensa, a vida humana ainda está em relação ao direito, de onde foi excluída; encontra-se abandonada pela lei. Não é a transgressão que a torna excluída. Antes mesmo, é sua inscrição no direito que a tipifica desse modo. Isso explica a razão pela qual a ignorância de uma lei não exclui a culpa da pessoa.

> O direito não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *exceptio:* ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta. Neste sentido verdadeiramente o direito não possui por nenhuma existência, mas seu ser é a própria vida dos homens. A decisão soberana traça e de tanto em tanto renova este limiar de indiferença entre externo e interno, exclusão e inclusão, *nómos* e *phýsis*, em que a vida é originariamente excepcionada no direito. (AGAMBEN, 2010, p.34).

Por conseguinte, o sujeito só quita seus débitos - a sua inclusão na vida política -, com soberano, na medida em que se sujeita ao poder de morte.

Há outro elemento que garante a vida nesse mecanismo. Conforme Agamben, citando Kant, esse elemento é o respeito. Ou seja, é um aspecto da lei moral ou "sentimento moral", que motivaria o homem a permanecer nessa condição - a lei que tem vigência nadificadora -, em que o respeito inspira a inércia da obediência, sem antes saber a que fim esta lei pode levar (AGAMBEN, 2010, p.58). O respeito se apresenta diante da decisão, na aplicação prática, a qual não necessita apresentar seus fins, ou seja, imobiliza pela obediência a vida perante força de lei, deixando-a disponível.

Segundo Agamben, o termo vida nua aparece pela primeira vez no direito romano arcaico, designando a figura do *homo sacer*. E consiste

na inclusão da vida humana no ordenamento jurídico, sob a sua forma de exclusão, ou seja, da sua matabilidade. O termo *sacer* remete à sua concepção mais antiga, que conceitua o enigma da figura do sagrado, além do religioso, que reflete sua estrutura na formação do paradigma do espaço político ocidental. Nas palavras de Agamben:

> [...] vida nua, isto é, a vida matável e insacrificável do homo sacer [...]. Uma figura do direito romano arcaico, na qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja da sua matabilidade), ofereceu assim a chave graças à qual não apenas os textos sacros da soberania, porém, mais em geral, os próprios códices do poder político podem desvelar os arcanos. Mas, simultaneamente, esta talvez mais antiga acepção do termo sacer nos apresenta o enigma de uma figura do sagrado aquém ou além do religioso, que constitui o primeiro paradigma do espaço político do Ocidente. (AGAMBEN, 2010, p.16).

Ser *sacer*, para Agamben, é estar autorizado pelo poder soberano à sua própria morte, sem que este evento seja entendido como forma de sacrilégio ou de homicídio. Portanto, há uma contradição aparente, visto que qualquer um pode matar o *homo sacer*, sagrado para a morte, sem que sofra sanções, mas esta sacralidade do *homo sacer* não é aquela pela qual pode ser levado à morte pelos ritos, como pena ou punição de ser sacrificado.

A partir do final do século XIX e começo do XX, não se esgotaram os esforços para compreender a ambiguidade do sacro. Entre os pensadores que buscaram esse caminho estão: Robertson Smith, Freud, Hebert Muss e Durkheim. Estes cunhavam suas determinações da dimensão do *sacer*, como algo que abrange tanto a esfera do impuro, puro, augusto e

maldito, forças fastas e nefastas. Agamben refuta tais definições escassas de explicações, pois, desvia da originária ambivalência do sacro, que está além do religioso e, além disso, permeia o fenômeno político-jurídico. Destarte:

> Nenhuma pretensa ambivalência da categoria religiosa genérica do sacro pode explicar o fenômeno político-jurídico ao qual se refere a mais antiga acepção do termo *sacer*, ao contrário, só uma atenta e prejudicial delimitação das respectivas esferas do político e do religioso pode permitir compreender a história de suas complexas relações. (AGAMBEN, 2010, p.82).

Antes, porém, *sacer* encontra sua ambivalência – a saber, "augusto consagrado aos deuses" e "maldito, excluído da comunidade" - originária na estrutura da *sacratio*, que diz respeito àquela que conjuga dois aspectos: a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício. Isto porque o termo "designa aquilo que, através do ato solene da *sacratio* ou da *devotio* (com que o comandante consagra a sua vida aos deuses do inferno para assegurar a vitória), foi entregue aos deuses, pertence exclusivamente a eles" (AGAMBEN, 2007, p. 68-69). Se o direito não se aplica ao caso do *sacer*, isto significa que sua morte não configura homicídio. Está excluído do *ius humanum*. No entanto, pertence à esfera divina, o qual foi consagrado. Deste mesmo modo ocorre com *homo sacer*:

> [...] o rito que o separou dos homens e continua levando uma existência aparentemente profana entre eles. No mundo profano, é inerente ao seu corpo um resíduo irredutível de sacralidade, que o subtrai ao comércio normal com seus semelhantes e o expõe à possibilidade da morte violenta, que o devolve aos deuses aos quais realmente pertence. (AGAMBEN, 2007, p.69).

O fato do indivíduo *sacer* (*homo sacer*) ter sobrevivido ao ritual, certifica que carrega consigo o resíduo do sagrado, mesmo estando em âmbito profano. Como o direito humano não pode ser aplicado a ele, encontra-se, desse modo, exposto à morte violenta. Ademais, a estrutura da *sacratio* abarca outro aspecto: a exclusão do sacrifício. Isso só é possível, pois o indivíduo já está em posse dos deuses, e sua morte não pode ser antecipada de nenhum rito; isto implica na exclusão do *ius divinum*. Dessa maneira, observa-se em sua sobrevivência algum vestígio de profanidade no âmbito sagrado. Por conseguinte, há tanto resíduo do sagrado no profano, quanto do profano no sagrado, que se co-implicam, e formam uma zona indistinta.

Partindo desta condição da vida sacra, que não é vida sacrificável, observa-se a dupla exceção, tanto da dimensão humana dessa vida nua, destituída de direito, consequentemente, matável, sacra, quanto da dimensão divina que poderíamos pensar que ela possuísse. Há, portanto, uma exclusão do *ius divinum* e *ius humanum.* Acerca disso, o autor explica:

> A estrutura topológica, que esta dupla exceção desenha, é aquela de uma dúplice exclusão e de uma dúplice captura, que apresenta mais do que uma simples analogia com a estrutura da exceção soberana. (...) Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. *A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra.* (AGAMBEN, 2010, p.84).

Nesse sentido, salienta-se que o *homo sacer* está preso à dupla exclusão e está exposto à violência: é sacro e disponível ao poder, mas não

é elevado à condição de uma vida digna de ser objeto de sacrifício. Desse modo, os direitos humanos e o divino não são aplicáveis ao *homo sacer*. Haja vista que se encontra "em uma esfera-limite do agir humano que se mantém unicamente em relação de exceção. Esta esfera é a da decisão soberana, que suspende a lei no estado de exceção e assim implica nele a vida nua." (AGAMBEN, 2010, p.84).

Enfatiza-se, desse modo, que não é tanto a condição ambígua de "augusto e maldito" que define o *homo sacer*, mas, acima de tudo, o aspecto revelado por ela: a dupla exclusão, da qual se encontra refém e, consequentemente, desprotegido e sujeito à violência, que não pode ser classificada como homicídio e nem sacrilégio - é vida nua. Neste sentido, o *homo sacer* habita num corpo, em que profano no sagrado e sagrado no profano, se excede, formando uma zona indistinta entre homicídio e sacrifício. Conforme Agamben, esta zona indistinta abre precedente para a ação soberana, a qual se manifesta na exceção, em que a lei não significa. Por conseguinte:

> [...] o homo sacer apresentaria a figura originária da vida presa no bando soberano e conservaria a memória da exclusão originária através da qual se constituiu a dimensão política. [...] *Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é vida que foi capturada nesta esfera* (AGAMBEN, 2010, p. 84-85).

Assim, a vida nua, sacra em detrimento dos seus aspectos – insacrificável, porém matável —, é capturada pelo bando soberano justamente por carregar impressa em si a sacralidade, a qual se sujeita a um poder de morte, explicitando, desse modo, a relação de abandono. Essa

condição desvela a simetria que existe entre soberania e *homo sacer*. Uma vez que, "soberano é aquele em relação ao quais todos os homens são potencialmente *homines sacri"* — a sua morte não configura sacrifício — e "*homo sacer* é aquele em relação ao quais todos os homens agem como soberanos" (AGAMBEN, 2010, p.86) sua morte não configura homicídio. Assim, *homo sacer* inscreve-se numa zona de indiferença.

Conforme Agamben afirma, o direito de vida e morte – *vitae necisque potestas* -, que recorre do soberano sobre o indivíduo *sacer*, origina-se, antes, no poder incondicional do pai sobre os filhos, no âmbito da *domus*, o qual poderia matar o filho sem caracterizar homicídio, e não pode se igualar à morte mediada por ritos em uma execução capital, por exemplo. Ora, o pai revestido de poder sobre o filho, está no limiar que separa cidade e casa. Da mesma maneira se apresenta o soberano, que está tanto no âmbito do direito quanto fora dele. Se essa prática compete à origem da política clássica, isto significa que já nela há traços da vida sacra, em que o filho não se caracteriza nem como vida politizada (*bíos) e* nem natural *(zoé)*. Essas duas esferas quando implicadas e excluídas, formam uma zona indistinta, em que sobrevive a vida sacra.

Além disso, Agamben sustenta que há algo de sacro na figura do soberano. A fim de elucidar essa dimensão, recorre à figura do imperador nas cerimônias fúnebres, na qual dispunha de uma efígie semelhante ao imperador. Ao passo que, quando o imperador morre, ocorrem dois ritos fúnebres, o primeiro do corpo do imperador e, depois de sete dias, da efígie (*funus imaginarum*). Conforme Agamben, o colosso tem a função de neutralizar a vida sacra que é liberada na hora da morte do imperador, para que a ordem do império não seja abalada. O filósofo explica:

> Tudo acontece, digamos, como se o imperador tivesse em si não dois corpos, mas duas vidas em um só corpo; uma vida natural e uma vida sacra, que, não obstante o regular rito fúnebre, sobrevive à primeira e somente depois do *funus imaginarim* pode ser admitida no céu e divinizada (AGAMBEN, 2010, p.100).

Existe, nesse sentido, resíduo da vida sacra no soberano, pois ele constitui tanto a dimensão divina quanto a humana num só corpo. E, para diferenciar as duas esferas, é necessário o *funus imaginarium* a fim de que esse seja admitido na esfera divina. De que modo os contornos soberano coincidem com os do *homo sacer*?

É possível estabelecer a simetria entre ambos, pois o *homo sacer*, assim como o devoto sobrevivente, passou pelo ritual de consagração, entregou sua vida aos deuses ínferos e, por fim, encontra-se excluído da esfera divina e humana. No entanto, o devoto sobrevivente pode ser reinserido na comunidade se houver o funeral imaginário, realizando, desse modo, o cumprimento do voto com decesso substituto. Contudo, isso não acontece com aquele que consagra a si mesmo - como é o caso de Décio, (AGAMBEN, 2010, p.97) -, no qual nenhum rito ou sacrifício pode ser realizado para sua reinstituição na comunidade; do mesmo modo acontece com homo sacer. A sacralidade está presente nessas três figuras. No devoto sobrevivente aparece na morte faltante, e na figura do soberano é própria "morte que o revela este excedente que parece inerir como tal ao poder supremo, como se este não fosse mais, em última análise, que a capacidade de constituir a si e aos outros como vida matável e insacrificável." (AGAMBEN, 2010, p.101). No que se refere ao *homo sacer*, a sua sacralidade não pode ser direcionada a nada exterior a ele, ou seja, é

colosso de si mesmo. Só a sua morte ausente de rito consumará sua passagem para a esfera divina, à qual pertence. Assim, o que é simétrico entre a figura do *homo sacer* e a do soberano é a sacralidade, visto que a morte de ambos não configura homicídio; a primeira é considerada menos que homicídio e, na segunda, configura-se mais que um homicídio, apresentando-se como delito especial (AGAMBEN, 2010, p.102).

No entanto, é preciso não perder de vista que o sacrifício religioso nas sociedades modernas não é algo que a caracteriza. Assim, quando se refere ao *homo sacer*, como uma vida nua, isto significa que o conceito de sacralidade está emancipado da sua origem religiosa. Da mordernidade em diante, a estrutura do sacríficio se apresenta de forma secularizada, bem como Agamben a define. Desse modo, a figura do *homo sacer* ilustra uma vida exposta a todo tipo de violência, não só aquela advinda da soberania, a qual já é prevista em sua estrutura como tal.

Após as especificações do soberano e do *homo sacer* citadas acima, é conveniente retornar ao elo que une ambas as figuras. Esse elo é o bando:

> [estar] tanto "à merce de..." quanto " a seu talante livremente" (como na expressão *correre a bandono*), e bandido significa tanto " excluído, banido" quanto "aberto a todos, livre (como em *mensa bandita e a redina bandita*). O bando é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva, que liga os dois polos da exceção sobera: vida nua e poder, o homo sacer e o soberano. (AGAMBEN, 2010, p.110).

Posto isto, Agamben certifica que o bando e sua formulação pela exceção podem ser compreendidos a partir do mitologema hobbesiano. Hobbes estipula o estado de natureza como algo anterior ao estado de

direito. No entanto, o filósofo italiano adverte que o estado de natureza sobrevive no estado direito e se apresenta ali como exceção. Esta característica da exceção no estado de direito apresenta-se na conservação do soberano, que tem como direito natural tomar as medidas necessárias, sejam elas quais forem, em relação a quem for; inclusive o direito à punição. Agamben (2010, p.106) cita:

> daquele direito de punir que é exercitado em todo estado, pois que os súditos não deram este direito ao soberano, mas apenas, **ao** abandonar os próprios, deram-lhe o poder de usar o seu no modo que ele considerasse oportuno para a conservação de todos; de modo que o direito não foi *dado*, mas *deixado* a ele, e somente (...) (*apud* Hobbes,1991, p.214).

Desse modo, revela-se a condição de abandono, a vida capturada pelo bando não se enquadra nem como vida qualificada (*bíos)* e nem como vida natural (zoé), mas sim vida nua. Ademais, a estrutura formal da soberania se enrijece no bando, um termo tão ambíguo que garante assim a dificuldade de desenlaçar dos mecanismos de poder. Haja vista, "o poder de remeter algo a si mesmo, ou seja, o poder de manter-se em relação com um irrelato pressuposto. O que foi posto em *bando* é remetido à própria separação e, justamente, entregue à mercê de que o abandona" (AGAMBEN, 2010, p.109). É nesse ponto que a vida, sendo ao mesmo tempo inclusa e exclusa, é capturada, pois está tanto à mercê do soberano, como livre a todos – é *homo sacer*. Se a vida é o códice do poder, logo tem-se aquilo que Foucault denominou como biopolítica.

3. A SACRALIDADE COMO ELEMENTO FUNDADOR

A sacralidade é o ponto central e originário das elucidações filosóficas de Agamben. É o eixo que propicia a explicação da figura do *homo sacer* enquanto vida nua, poder soberano, estado de exceção e suas interações simultâneas que estruturam o sistema político-jurídico sacrificial da modernidade (AGAMBEN, 2010, p.86), do qual estamos, à primeira vista, reféns. Como entender este conceito para além do religioso? Como entender os códices político por trás desta figura?

O filósofo italiano dialoga com um capítulo da obra de Durkheim, em que este se dedica à avaliação da ambiguidade da noção de sacro — em *As formas elementares da vida religiosa* (1996) — para distinguir e delimitar a contribuição do antropólogo francês, em sua análise sobre o sacro na esfera religiosa. Ele expressa que o impuro e puro não são gêneros separados, mas variedades do mesmo gênero, isto é, a variante puro e impuro pertencem à mesma divisão. E é somente porque partilham do mesmo gênero que é possível tornar o impuro em puro e vice-versa. Ou seja, a ambiguidade do sacro resulta justamente dessa possibilidade de transmutação entre uma esfera e outra (DURKHEIM, 1996, p.452). Assim, o impuro pode se tornar puro pela via do rito e, dessa forma, ser separado do meio profano, se tornando interdito para essa esfera.

Posto isso, percebe-se que por essa interpretação de Durkheim, no que se refere ao sagrado, não é possível ser puro e impuro ao mesmo tempo. O sagrado se transmuta de uma esfera a outra, sem dar continuidade ou implicar na outra vertente. Ou se é fasto, ou nefasto. E, justamente por isso que a noção religiosa de sacro de Durkheim colabora para a explicação, mas não é suficiente para descrever uma figura tão enigmática

quanto à do *homem sacer* no direito romano arcaico, que carrega consigo simultaneamente o grau de augusto e maldito. Por isso, Agamben considera esta definição religiosa desse gênero ineficiente, pois não consegue perpassar à outra esfera, a saber, a política:

> Nenhuma pretensa ambivalência da categoria religiosa genérica do sacro pode explicar o fenômeno político-jurídico ao qual se refere a mais antiga acepção do termo *sacer*, ao contrário, só uma atenta e prejudicial delimitação das respectivas esferas do político e do religioso pode permitir compreender a história de sua trama e de suas complexas relações. (AGAMBEN, 2010, p.82).

É somente a partir do contato de Freud com a obra de K. Abel – *Sentido contraditório das palavras originárias* – que se lança luz sobre a ambiguidade do termo latino de *sacer* (AGAMBEN, 2010, p. 80), o qual apresenta seu significado tanto "augusto, consagrado aos deuses" quanto "maldito, excluído da comunidade". Ou seja, uma única figura carrega em si as duas características, augusto e maldito, de forma simultânea. Segundo Agamben, isto ocorre porque não há como um objeto passar de uma esfera à outra sem que não haja resíduos da anterior. Isto é:

> (...) a um mesmo objeto que deve passar do profano ao sagrado e do sagrado ao profano, tais operações devem prestas contas, cada vez, a algo parecido com um resíduo de profanidade em toda coisa consagrada e a uma sobra de sacralidade presente em todo objeto profano. (AGAMBEN, 2007, p. 68).

Essa interpretação de sacer do filósofo italiano repousa as raízes no ato solene de *sacratio,* em que aquele submetido à consagração pertence exclusivamente à esfera dos deuses. No entanto, esse não parece ser o caso

do *homo sacer*, já que sua morte não configura homicídio e sacrifício. É, pois uma vida matável, mas insacrificável.

De acordo com Filho, a *sacratio* em Agamben recorre a duas significações diferentes:

> (...) ou a *sacratio* é compreendida como resíduo do período histórico no qual o direito religioso e o penal eram indistintos, e a condenação á morte se equiparava ao sacrifico á divindade; ou a *sacratio* é vista como uma consagração aos deuses ínferos, análoga á noção de tabu, ou seja, o sacro tomado como augusto e maldito, venerável e horrível, simultaneamente. A primeira explicação consegue lidar com a impunibilidade do assassino do *homo sacer*, mas não explica porque o sacrifício é vetado. Já a segunda consegue explicar porque o sacrifício é vetado (o *homo sacer* já pertence aos deuses), mas não esclarece porque o seu assassino não é sacrilégio. (FILHO, 2011, p.130).

Porém, o que escapa da interpretação de Filho é que figura do h*omo sacer* se compara com a figura do devoto sobrevivente, nas palavras de Agamben:

> O que aconteceu de fato nesse caso? Um homem sagrado, ou seja, pertencente aos deuses, sobreviveu ao rito que o separou dos homens e continua levando uma existência aparentemente profana entre eles. No mundo profano, é inerente seu corpo um resíduo irredutível de sacralidade, que o subtrai ao comércio normal com seus semelhantes e o expõe á possibilidade da morte violenta, que o devolve aos deuses aos quais realmente pertence; considerado, porém na esfera divina, ele não pode ser sacrificado e é excluído do culto, pois sua vida já é propriedade dos deuses (AGAMBEN, 2007, p. 69).

Ademais, a morte do *homo sacer* não configura sacrilégio, pois ele é simplesmente posto para fora do âmbito profano sem ultrapassar para

a divina, ao contrário da vitima consagrada que se desloca entre uma dimensão e outra, e nesta condição sua morte configuraria sacrilégio. Nas palavras do autor:

> (...) no caso do *homo sacer* uma pessoa simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina. De fato, a proibição da imolação não apenas exclui toda equiparação entre *homo sacer* e uma vítima consagrada, mas, como observa Macróbio citando Trebácio, a licitude da matança implicava que a violência feira contra ele não constituía sacrilégio, como no caso da *res sacrae*. (AGAMBEN, 2010, p.83).

Segundo Filho (2011), Agamben propõe exatamente a junção das duas vias de interpretação. Isto significa que não há como a *sacratio* ser interpretada apenas "como resíduo do período histórico no qual o direito religioso e o penal eram indistintos e a condenação à morte se equiparava ao sacrifico á divindade" (p.130), sem que não se considere seu significado ambíguo do termo - augusto e maldito. Logo, as duas significações se complementam. Quanto ao sacrilégio, Agamben justifica que ele não ocorre, pois o *homo sacer* já pertence aos deuses; no entanto, o autor não interpela de forma mais ampla o porquê deste fenômeno. Por esse motivo, pode levar o leitor a se interrogar sobre a ausência do sacrilégio na morte do *homo sacer*. E, ainda, gerar confusão na distinção entre *homo sacer* e vítima sacrificial.

Contudo, Agamben quer destacar o que a sacralidade significa dentro do paradigma político-jurídico atual. Para ele, a estrutura da sacralidade desvela o caráter de dúplice exclusão e de uma dúplice captura; ela não é tão somente um conceito ambivalente. Isto significa que, em primeiro turno, a vida humana pertence ao âmbito profano e é dela

excluída; depois é capturada pela divina, mas também é excluída, pois se veta o sacrifício. Assim sendo, esta vida na categoria de *sacer* vive numa zona de indistinção, em que âmbito profano e sagrado se exclui. E é precisamente nessa zona indistinta em que a exceção soberana age:

> Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma de matabilidade. *A vida insacrificável é, todavia, matável, é vida sacra.* (AGAMBEN, 2010, p. 84).

Desse modo,

> (...) o *homo sacer* apresentaria a figura originária da vida presa ao *bando* soberano e conservaria a memória da exclusão originária atráves da qual se constitui a dimensão política. O espaço político da soberania ter-se-ia constituído, portanto, através de uma dupla exceção, como uma excrescência do profano no religioso no profano, que configura uma zona de indiferença entre sacrifício e homicídio. *Soberana é a esfera na qual se poder matar sem cometer homicídio e sem celebrar sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera*. (AGAMBEN, 2010, p. 84-85).

Agamben extrai da sacralidade a dupla exceção, tanto do *ius humanum,* quanto do *ius divinum.* Isto quer dizer que não é tanto o caráter ambivalente originário desta estrutura que lança luz sobre a enigmática figura do *homo sacer*, mas, primordialmente, o caráter da dupla exclusão. Posto isso, o próximo passo de Agamben será mostrar que a estrutura da exceção soberana é análoga à dupla exceção impressa pela sacralidade.

Ora, ser *homo sacer* é estar disponível à matabilidade sem que sua morte configure homicídio, ou seja, todo direito humano lhe é retirado, está excluído do direito. Isso significa que todos podem agir como soberanos. E soberano é aquele capaz de decidir sobre por ou retirar direito, é quem decide sobre a exceção, sobre a inclusão ou a exclusão do direito. Desse modo, a dimensão soberana é aquela à quais todos são potencialmente *homo sacer*. Logo, observa-se uma simetria e correlação entre *homo sacer* e soberania, que foi desvelada pela sacralidade.

Pode-se entender, desse modo, que a sacralidade é a forma originária da implicação da vida sacra na ordem política jurídica, pois a vida só é incluída nesta ordem porque existe a possibilidade de ser excluída, servindo como referência à decisão soberana. Como é o caso do *homo sacer*, que é incluído no âmbito profano e excluído, incluído no âmbito divino e excluído. Conforme Agamben:

> Sacra a vida é apenas na medida em que está presa à exceção soberana, e ter tomado um fenômeno jurídico-político (...) por um fenômeno genuinamente religioso é a raiz dos equívocos que marcaram no nosso tempo tanto os estudos sobre o sacro como aqueles sobre a soberania. *Sacer esto* não é uma formula da maldição religiosa, que sanciona o caráter (...) simultaneamente augusto e abjeto, de algo: ela é, ao contrário, a formulação política original da imposição do vínculo soberano. (AGAMBEN, 2010, p. 86).

Por conseguinte, pode-se entender que Agamben extrai da sacralidade o caráter para além do religioso, ou seja, para além do profano e do sagrado. Essa localidade além do âmbito religioso é a zona de indistinção, na qual se situa a dupla exclusão. É essencialmente a sua

compreensão para além do religioso que propicia lançar luz à relação entre soberania, poder e sagrado, tornando-os dimensões de um mesmo aspecto que se mantêm correlacionados e que revelam o cárater de abandono sob qual paradigma político-jurídicos a modernidade esta lançada.

Isto quer dizer que a estrutura do poder se localiza numa zona de indistinção, de dupla exclusão, em que o direito somente é aplicável na medida em que se desaplica. Logo, esta zona de indistinção forma o paradigma político-jurídico do estado de exceção permanente, no qual poder soberano e vida sacra — *homo sacer* — se tocam.

4. VIDA SACRA E SUAS RE-APRESENTAÇÕES NA BIOPOLÍTICA MODERNA

Para Agamben, quem expressa de forma extrema e por excelência a configuração de *sacer* é o muçulmano, que emergiu no Estado nazista dentro dos campos de concentração. Eram denominados muçulmanos, ou ainda, *Muselmann*, aqueles, os quais estavam em condição de mortos-vivos, de cadáver ambulante, localizando-se numa zona de indiferença entre morto e vivo, em que a vontade soberana se manifesta com força de lei (aplica-se a lei desaplicando-se). Para tanto, Agamben cita Primo Levi para designar a condição do muçulmano:

> (...) os “muçulmanos”, os submersos, são eles a força do campo: a multidão anônima, continuamente renovada e sempre igual, dos não-homens que marcham e se esforçam em silêncio; já se apagou neles a centelha divina, já estão vazios, que nem podem realmente sofrer. Hesita-se em chamá-los vivos; hesita-se em chamar “morte” à sua morte, que eles já nem temem,

> porque estão esgotados demais para poder compreendê-la. (AGAMBEN, 2008, p. 52).

Não obstante, muçulmano é um termo derivado do árabe *muslin* que, conforme Agamben (2008), significa "quem se submete incondicionalmente a vontade de Deus". No entanto, na circunferência do campo, o muçulmano é justamente aquele em que se ausenta qualquer expressão de vontade, nesse sentido, é um "sujeito" em que a vontade não se manifesta, encontra-se, todavia, aniquilada. É, portanto, vida nua em situação extrema, na qual jazia a humanidade e sobrepunha em sua existência o não-homem. Este não-homem, com resíduos de humanidade, sobrevivia em condições que o deixavam cada vez mais próximo de seu fim. Ao passo que, quanto mais próximo de cruzar o limiar entre vida e morte, suas vidas deixavam de responder aos estímuos exteriores, não conseguiam interagir com a realidade ou com outros presos; nessa fase, excluiam-se, voltando para si próprio em sua subexistência.

Este limiar entre humano e inumano apresenta o caráter político da existência do mulçumano. A instituição de um terceiro reino, que se localiza entre a vida e morte daqueles que não possuem sequer nome:

> (...) o muçulmano é um ser indefinido, no qual não só a humanidade e a não-humanidade, mas também a vida vegetativa e a de relação, a fisiologia e a ética, a medicina e a política, a vida e a morte transitam entre si sem solução de continuidade. Por isso, o seu "terceiro reino" é cifra perfeita do campo, do não-lugar onde todas as barreiras disciplinares acabam ruindo, todas as margens transbordam. (AGAMBEN, 2008, p. 56).

Tal situação extrema — como designa Bettelheim (*apud* AGAMBEN, 2008, p. 54) —, na qual se encontra o muçulmano em Auschwitz, corresponde ao estado de exceção, uma vez que o estado de exceção tornou-se regra dia após dia dentro dos campos de concentração. Haja vista que as leis do Terceiro Reich só eram aplicadas por meio da sua desaplicação, abrindo margem, desse modo, para que as ações dos guardas SS dentro do campo tivessem força de lei sobre a vida daqueles que estavam em condições desumanas e que sobreviviam nas piores condições, até ao ponto em que eram submetidos à câmara de gás ou pereciam. Tal atrocidade não configurava homicídio, pois o muçulmano estava fora da lei. Posto isso, o campo de concentração configura-se como o local do ilocalizável, ou seja, o local da exceção, em que se pode matar sem cometer crime.

Conforme Agamben, parafraseando Levi (2008), o muçulmano nas condições, como já expostas acima, assinala um lugar em que se põe em questionamento a própria humanidade, a própria moral. Haja vista que, como figura-limite, entre o homem e o não-homem exibem a fragilidade do termo dignidade. A dignidade, desse modo, é inaplicável ao não-homem, pois aquilo que o define como tal se encontra descaracterizado. Assim, em Aushwitz é impossível denominar a mera sobrevivência como digna; o campo é antes o "lugar onde não é decente continuar sendo decente, onde os que ainda acreditam que conservam dignidade e respeito de si sentem vergonha dos que de imediato o haviam perdido." (AGAMBEN, 2008, p.67). Ademais, é perceptível que a vida no Estado totalitário era o centro da governabilidade, visto que aqueles que não atendiam aos critérios para constituir uma nação de raça pura eram submetidos à situação extrema de

submissão, suas vidas estavam disponíveis à morte, qualificando-se como vida sacra no seu grau mais extremo. Aushwitz é, nesse sentido, o lugar do ilocalizável, ou seja, a exceção como regra que, ao encontrar um lugar no espaço-tempo, forma-se em campos de concentração.

Além disso, Agamben defende que o Estado totalitário se constitui de uma política de total controle sobre a vida, que se enraíza na biopolítica e do qual o Estado Democrático não se desvincula. Este apenas apresenta-se de forma mais velada, mantendo a vida disponível à morte. Se a vida continua pertencendo ao mecanismo de governo, isso quer dizer que há outras figuras mais explicitas que desvelam o paradigma no qual se está inserido. De acordo com Agamben, essa figura-limite também se apresenta no corpo do refugiado e do apátrida. Essas duas figuras deveriam, por excelência, encarnar e ser o sujeito de destino dos direitos humanos, assim como consta na Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão (1789), no entanto são os que mais estão à mercê do poder autoritário. Destarte:

> No sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los, como direitos dos cidadãos de um Estado. (...) onde não está claro se os dois termos denominam duas realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário, no qual o primeiro já está desde inicio contido e oculto no segundo.(...) Mas é chegado o momento de cessar de ver as declarações de direitos como proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos, que tendem (na verdade sem muito sucesso) a vincular o legislador ao respeito éticos eternos, para então considerá-las de acordo com aquela que é a sua função histórica real na formação do moderno Estado-nação.

> As declarações dos direitos representam aquela figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídica-política do Estado-nação. (AGAMBÉM, 2010, p.123-124).

Posto isso, evidencia-se que a inscrição da vida passa a ser prioridade no Estado, para que dessa forma se tornem legítimos os princípios da soberania dentro dos limites geográficos, ou ainda, contra outra nação quando esta é vista como ameaça, implicando diretamente na vida daqueles que ali se situam, que desde o nascimento estão condicionados ao poder. Não se deve perder de vista que a palavra nação pousa sua raiz etimológica em *nascere*, que designa nascimento; assim, o Estado-nação é aquele poder que se constitui a partir do nascimento do homem. Ou seja, é a própria existência do ser enquanto ser, que constitui a formação do Estado-nação, fechando assim, como considera Agamben, "o ciclo aberto pelo nascimento do homem" (2010, p.125), o qual é substância que nutre o poder. Desse modo, o nascimento é a inscrição da vida na nação, mas isso não significa que se tornou cidadão. Há uma dicotomia entre o que é o homem e o que é o cidadão. Torna-se cidadão aquele que nasce pertencendo à nação, ou melhor, ao Estado-nação. Assim, há uma continuidade, pois homem e cidadão coincidem. Como então mensurar a figura do refugiado e do apátrida?

Pois bem: na figura do refugiado e apátrida, a continuidade entre homem e cidadão é rompida, já que este não se situa no território em que nasceu, ou ainda, é subtraída dele a qualificação de cidadão. Conforme Agamben:

> (...) rompendo a continuidade entre homem e cidadão, entre nascimento e nacionalidade (...). Exibindo à luz entre nascimento e nação, os refugiados faz surgir por um átimo na cena política aquela vida nua que constitiui seu secreto pressuposto. Neste sentido, ele é verdadeiramente, como sugere Hannah Arendet, "o homem dos direitos", a sua primeira e única aparição real fora da máscara do cidadão que constantemente o cobre. Mas, justamente por isto, a sua figura é tão difícil de definir politicamente (AGAMBEN, 2010, p.128).

Este fenômeno apareceu com grande força na Primeira Guerra mundial, em que os Estados europeus desnaturalizavam e desnaciolizavam esses indivíduos por meio das normas, ou seja, tal atitude era reforçada por letra de lei, demonstrando, assim, ficticiamente, a legalidade desta. Desse modo, não eram cidadãos, e a lei se aplicava somente na medida em que se desaplicava, o que resultou mais tarde no extermínio de milhares de hebreus dentro dos campos de concentração.

Além disso, é possível notar que, atualmente, há esforços dos órgãos supranacionais, como a ONU, uma vez que o fenômeno de refugiados e apátridas tornou-se um fenômeno de massa, no qual evoca o estatuto de dignidade e os direitos universais humanos, aqueles considerados inalienáveis, mas que não são suficientes para resolver a situação. Assim, só se enfatiza a necessidade do nexo existente entre territorialidade e direitos, o refugiado e apátrida tem essa ligação rompida e por isso se enquadra na figura e conceitualização agambeniana de vida sacra:

> O refugiado deve ser considerado por aquilo que é, ou seja, nada menos que um conceito-limite que põe em crise radical as categorias fundamentais do Estado

> nação, do nexo nascimento-nação àquele homem-cidadão, e permite assim desobstruir o campo para uma renovação categorial atualmente inadiável, em vista de uma polítia em que a vida nua não seja mais separada e excepcionada no ordenamento estatal, nem mesmo através da figura dos direitos humanos (ibidem, 2010, p.130).

No entanto, é necessário se atentar ao fato de que todo ser humano enquanto portador da 'fictícia' cidadania, também está inserido nessa lógica, em que o menor gesto que destoe daquilo que é normalizado pelo ordenamento jurídico o coloca à disposição da vontade do poder, visto que a soberania abstrai a lei para aplicar com força de lei sua decisão e poder, essa vida se torna assim uma vida disposta e exposta — como o refugiado, apátrida — a um poder de morte constante.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como considerações finais deste artigo é imprescindível destacar a implicação da sacralidade na vida e como a emancipação da categoria religiosa, pela secularização, subordina a vida a uma "monarquia terrena", disponibilizando-a a uma violência sem precedentes, tanto do poder enquanto tal e de suas ramificações como, por exemplo, da polícia, do tribunal e de outros órgãos e instituições autorizados a manter a ordem. Desse modo, a vida é inscrita nos direitos humanos e/ou nas Declarações de Direitos Humanos justamente por conter em si algo de natural que é sacralizado por esta via, colaborando para sua disposição diante do soberano, que aplica a lei desaplicando-se, pela decisão.

Posto isso, o artigo teve por intento responder: como é possível manter a dignidade da pessoa humana, se no paradigma que constituiu o estado de exceção como regra, a vida é considerada sacra, matável, porém insacrificável? Ora, assim como sacralidade foi emancipada do aspecto religioso, isso também ocorreu com o termo dignidade cuja raiz se encontra, conforme Barroso (2010), na bíblia, a saber, no primeiro livro, Gêneses (1:26), que determina que o homem é imagem semelhança de Deus. Ademais, é preciso retomar que a secularização nada mais é, conforme Agamben:

> Uma forma de remoção que mantém intactas as forças, que se restringe a deslocar de um lugar a ouro. Assim, a secularização política de conceitos teológico (a transcendência de Deus como paradigma do poder soberano), limita-se a transmutar a monarquia celeste em monarquia terrena, deixando, porém, intacto o seu poder (AGAMBEN, 2007, p.68).

O que ocorre, desse modo, é que a dignidade forma o princípio, pelo qual se institui o caráter perpétuo do poder político na teoria da soberania (AGAMBEN, 2008, p. 73). Assim, se no aspecto religioso o homem se inscreve no sagrado por ser a imagem e semelhança de Deus, ou seja, por pertencer e carregar consigo a partícula divina sem passar necessariamente a essa esfera. E ainda, assim, vive no âmbito profano, abandonado a esse poder. Há, portanto, uma semelhança entre o *homo sacer* e aqueles que, perante a religião cristã, se designam ao "Todo Poderoso", adotando a figura de filho do divino. Assim, pai e filho pertencem à esfera divina, mas o filho está no profano e, estando no profano, carrega algo de sagrado. A secularização permitiu, desse modo, que o sujeito enquanto tal se submeta, como diria Agamben, à "monarquia

terrena", à vontade soberana, sem ao menos se dar conta. Assim aponta Barroso (2010):

> É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como conseqüência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico.

A vida, desse modo, é inscrita no mecanismo de poder e evidencia-se o seu caráter biopolítico. Agamben destaca:

> As declarações dos direitos devem então ser vistas como local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. Elas asseguram exceptio da vida na nova ordem estatal que deverá suceder a derrocada do ancien regime. Que, através delas, o "sudito" se transforme, como foi observado, em "cidadão" - isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (...) o portador imediato da soberania. (AGAMBEN, 2010, p.125).

Ademais, a vida normatizada pelo direito é apenas um pressuposto para implicação direta do soberano sobre essa vida matável. O corpo político moderno é constituído, assim, na fragilidade dos corpos matáveis dos "cidadãos". Desse modo, a sacralidade e dignidade emancipadas das conjunções religiosas, que outrora já foram mencionadas, na figura do *homo sacer*, é o caráter que explicita essa exposição contínua à violência sem precedentes e que estrutura a soberania enquanto tal. No estado de exceção, essa dignidade se torna intangível, pois o direito não se aplica a ela. Sendo assim, a dignidade existente vigora apenas em forma de abandono da pessoa, tornando-a instrumento no governo soberano. Assim, todo ser humano, no atual paradigma político-jurídico, é, necessariamente, *homo sacer*, logo vulnerável às formas de violência. Tal paradigma sustenta o fictício Estado Democrático de Direito.

Além disso, Agamben percebe que na figura do refugiado e do apátrida está intrínseco o elemento da territorialidade e que elas são indissociáveis, esse recorte proposto pelo filósofo é feito em nível internacional, mas é importante notar que, dentro das margens nacionais, o elemento de territorialidade também é aplicado, principalmente no que tange a dicotomia entre centro e periferia. Podemos entender a periferia como o território onde a máquina sacrificial e a soberania nutrem seus mecanismos de poder, subjulgando as populações pobres, pretas e pardas a uma violência diária. Holston (2013) examina como o legal e ilegal se manifestam nas periferias, mais especificamente nas periferias de São Paulo, e a ligação entre esses dois autores poderia contribuir para compreender parte do contexto brasileiro e das periferias, porém essa

aproximação não foi objeto desse trabalho, o que não impossibilita desenvolver essa relação em trabalhos futuros.

Contudo, é preciso estar atento à forma como Agamben dispõe sua exposição acerca da soberania e suas decorrentes estruturas, tal como a do *homo sacer*, que é matável e insacrificável, em que carrega consigo resíduos do sagrado no profano e do profano no sagrado, visto que o filósofo não estabelece uma saída a essa condição e não justifica como o insacrificável repercute na secularização. É, portanto, num solo arenoso que expõe, mas que não exime a luz lançada sobre o paradigma atual de todo ocidente.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Minas Gerais: UFGM, 2010.

_____. **O que resta de Aushwitz: o arquivo e a testemunha.** São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **Profanações.** São Paulo: Boitempo, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 9 jun. 2017.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FILHO, Wilson R. T. **O abandono da Constituição: soberania e poder**

judiciário no paradigma biopolítico. 2011. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9788/1/2011_WilsonRobertoTheodoroFilho.pdf. Acesso em: 7 jul. 2018.

LUCKES, Steven. Bases para a interpretação de Durkheim. In: COHN, Gabriel. **Sociologia: para ler os clássicos**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009. p. 16-46. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/377928/mod_resource/content/1/LUKES%2C%20Steven.%20Bases%20para%20a%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Durkheim.pdf. Acesso em: 08 out. 2019.

HOLSTON, James. **Cidade insurgente**: di**sjunções da democracia na modernidade no Brasil**. São Paulo: Companhia da Letras, 2013.

RIBEIRO, Claudio Oliveira (Org.). **Giorgio Agamben em foco.** Curitiba: Editora Prismas, 2017.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (Re) leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben.** São Leopoldo, n.39, p. 4-5, 2012. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ihu/039cadernosihu.pdf. Acesso em: 6 out. 2016.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Madri: Trotta, 2009.

II. A HIPOCRISIA DO PODER: A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E O PARADOXO DO ESTADO VIOLADOR E GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alan Ibn Chahrur[1]

RESUMO: O presente trabalho pretende apresentar o caráter paradoxal da atuação no poder público em juízo, sobretudo no que tange à implementação do direito fundamental à razoável duração do processo, previsto no art.5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988. Buscar-se-á demonstrar que a morosidade ainda expressiva do sistema judiciário, em grande medida, pode ser associada em especial à litigiosidade excessiva dos próprios órgãos públicos do Estado, os quais se valem de uma série de presunções e privilégios legais que incentivam de maneira inequívoca o prosseguimento dos conflitos na esfera processual. De maneira que nenhuma discussão acerca dos novos métodos de resolução de conflitos poderá passar ao largo do problema, uma vez que o recurso da mediação e da conciliação por parte dos particulares se mostrará fatalmente inócuo sem a necessária participação dos grandes litigantes oriundos do poder público. Do contrário, o discurso público restará eivado de uma incontornável inflexão hipócrita, na medida em que o maior de todos os litigantes – o próprio Estado – não abre mão do recurso ao Poder Judiciário, mas pretende estimular os particulares na busca incessante pela conciliação e a mediação.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Poder. Paradoxo.

ABSTRACT: The present article intends to present the paradoxical character of the procedure of the public power in court, focussing especially in its relation to the implementation of the basic right to the reasonable duration of the due process, provided by the article 5, LXXVIII, of the 1988 Brazilian Federal Constitution. It will be demonstrated that the still significant slowness of the judicial system, to a large extent, can be associated in particular with the excessive litigation of the State's own public offices, which uses a series of presumptions and legal privileges that unequivocally encourage the search for the use of judicial means in the

[1] Doutor em Filosofia Política e Jurídica pela UNICAMP. Professor do Programa de Ensino Integral da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo. Advogado.

procedural sphere. Bottomline being that no discussion about the new methods of conflict resolution can ignore the problem, since the use of mediation and conciliation by the individual themselves will prove to be fatally innocuous without the necessary participation of the great litigants coming from the public power. Otherwise, the public discourse will remain surrounded by an unavoidable hypocritical inflection, inasmuch as the greatest of all litigants - the State itself - does not give up recourse to the Judiciary, but intends to stimulate individuals in the incessant search for conciliation and mediation.

KEYWORDS: State. Power. Paradox.

1. INTRODUÇÃO

Foi ninguém menos do que Rui Barbosa quem formulou um dos mais contundentes diagnósticos acerca dos privilégios legais da Fazenda Pública e da consequente dinâmica paradoxal que o tratamento diferenciado do Estado foi capaz de engendrar na sistemática do direito material e processual. No âmbito não propriamente de uma análise técnica, mas ao longo de sua antológica *Oração aos Moços* (BARBOSA, 1997, p.42/43), discurso dirigido à turma de 1920 de formandos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em São Paulo, o patrono da advocacia brasileira ofereceu aos então futuros profissionais do Direito não apenas uma análise crítica sobre a função social do Direito na complexa realidade brasileira, mas também uma série de orientações deontológicas de cunho ético-profissional relativas especialmente ao exercício da advocacia e da magistratura.

No primeiro caso, Rui Barbosa denunciou, sem receios, a posição crítica e angustiante de todo jurista, sobretudo em vista das radicais contradições que marcam a sociedade brasileira, vale dizer, até o momento

presente. Os jovens bacharelandos foram convidados a considerar sua futura posição sem maiores ilusões:

> Ora, senhores bacharelandos, pesai bem que vos ides consagrar à *lei*, num país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento *da maioria*, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis, as que põem, e dispõem, as que mandam, e desmandam em tudo; a saber: num país, onde, verdadeiramente, *não há lei*, não o há, moral, política ou juridicamente falando. (BARBOSA, 1997, p.35/36).

Por outro lado, no contexto das orientações profissionais dirigidas aos jovens, Rui Barbosa não deixou de advertir especialmente os futuros juízes acerca daquilo que ele descreveu literalmente como uma *doença* do pensamento jurídico, a saber, o vício da formulação de presunções sempre favoráveis aos interesses do poder público. Isso, como já visto, mesmo em face do conhecido desenho institucional brasileiro, no qual as autoridades tradicionalmente atuam em favor dos interesses pontuais das oligarquias mais sectárias. Neste ponto, a posição de Rui Barbosa, carregada de ironia para com as contingências nacionais, merece transcrição integral:

> Não vos mistureis com os togados, que contraíram a doença de achar sempre razão ao Estado, ao Governo, à Fazenda; por onde os condecora o povo com o título de "fazendeiros". Essa presunção de terem, de ordinário, razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo, ou ao Estado. Antes, se admissível fosse aí qualquer presunção, havia de ser em

> sentido contrário; pois essas entidades são as mais irresponsáveis, as que mais abundam em meios de corromper, as que exercem as perseguições, administrativas, políticas e policiais, as que, demitindo funcionários indemissíveis, rasgando contratos solenes, consumando lesões de toda a ordem (por não serem os perpetradores de tais atentados os que os pagam), acumulam, continuamente, sobre o Tesoiro público terríveis responsabilidades. No Brasil, durante o Império, os liberais tinham por artigo do seu programa cercear os privilégios, já espantosos, da Fazenda Nacional. Pasmoso é que eles, sob a República, se cem−dobrem ainda, conculcando-se, até, a Constituição, em pontos de alto melindre, para assegurar ao Fisco esta situação monstruosa, e que ainda haja quem, sobre todas essas conquistas, lhe queira granjear a de um lugar de predileções e vantagens na consciência judiciária, no foro íntimo de cada magistrado. Magistrados futuros, não vos deixeis contagiar de contágio tão maligno. Não negueis jamais ao Erário, à Administração, à União os seus direitos. São tão invioláveis, como quaisquer outros. Mas o direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes. Antes, com os mais miseráveis é que a justiça deve ser mais atenta, e redobrar de escrúpulo; porque são os mais maldefendidos, os que suscitam menos interesse, e os contra cujo direito conspiram a inferioridade na condição com a míngua nos recursos. (BARBOSA, 1997, p.42/43).

Se o diagnóstico espanta pela lucidez da análise e a substância crítica, talvez impressione ainda mais, no momento presente, a persistente recorrência de um estado de coisas em tudo similar àquele denunciado por Rui Barbosa, mesmo após o decurso de um século que nos separa, do

“Águia de Haia”. Ao que parece, hoje podemos apenas comprovar para além de qualquer dúvida a continuidade e o reforço dos privilégios legais da Fazenda Pública, seja do âmbito do direito material ou processual. Privilégios estes outorgados ao mesmo poder público que, num processo de contradição verdadeiramente perverso, atua ao mesmo tempo como o principal agente de violação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

2. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: OS PRIVILÉGIOS DO PODER

A experiência recente vivida por meio dos debates que culminaram na publicação de um novo Código de Processo Civil brasileiro, promulgado pela Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2020), certamente foi capaz de proporcionar expressivos e inegáveis avanços na dinâmica do direito brasileiro. Contudo, o mesmo diploma legal também nos permite constatar uma clara opção legislativa pelo não enfrentamento a contento de uma série de problemas e paradoxos bastante conhecidos, tal como a situação das referidas presunções legais em favor da Fazenda Pública, tão bem denunciada por Rui Barbosa. Diversos dispositivos processuais denunciam um explícito tratamento diferenciado por vezes conferido aos interesses do poder público. Dentre outras, a norma que determina a fixação dos honorários advocatícios oferece um expressivo exemplo:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

> (...) § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais: I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos; II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos; III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos; IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos; V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos. (BRASIL, 2020, grifos nossos).

Como se percebe, quando o eventual litígio não envolve o poder público, os honorários serão fixados *necessariamente* segundo o percentual de dez a vinte por cento do valor de causa, *qualquer que seja este valor*. Porém, basta que se altere o polo passivo da demanda, mesmo que eventualmente mantidos todos os demais elementos da lide, e os honorários

passarão a ser fixados segundo um percentual alternativo, conforme as determinações do §3º, do citado art.85, podendo chegar agora até o limite de três e o máximo de cinco por cento de valor da causa. Portanto, as condições subjetivas da parte demandada, como resta claro, detém claramente o condão de alterar a normativa aplicável ao caso.

Na mesma linha, conforme o art.91 do mesmo código, temos que: "As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido". E isso mesmo em face de eventual disponibilidade orçamentária da Fazenda, enquanto que aos particulares, via de regra, resta a obrigatoriedade de adiantar as despesas de quaisquer atos praticados em razão do requerimento dos mesmos.

No que diz respeito aos prazos, o benefício do prazo em quádruplo previsto na codificação anterior não foi mantido, muito embora sendo apenas *reduzido* agora ao benefício do prazo em dobro atribuído a qualquer das manifestações do poder público, por força do art.183, do código de processo:

> A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal. (BRASIL, 2020).

O conhecido processualista Freddie Diddier Jr. (2015) analisa com severas críticas outro dispositivo, constante do parágrafo único, do art.341, do Código de Processo Civil, o qual isenta os defensores públicos,

advogados dativos e curadores especiais do ônus da impugnação específica, possibilitando a contestação genérica do feito, sem que esta implique em revelia da matéria fática não impugnada. No entendimento do autor, ainda que a Fazenda Pública em si submeta-se ao ônus da impugnação específica, a norma cria uma injusta distinção entre advogados públicos e privados, o que mais uma vez denota a prevalência do privilégio legal não em favor do interesse público geral, mas sim dos agentes públicos em particular. Diz o autor:

> O defensor público também está livre desse ônus ao elaborar a contestação da pessoa que representa. A *regra não é boa*, pois, de tão geral, pode tornar-se fator de desequilíbrio processual injustificado e, por isso, inconstitucional. A dispensa somente se justificaria no caso de como advogado dativo ou curador especial, que é uma função institucional da Defensoria Pública (art.4º, XVI, da Lei Complementar nº 80/1994). A incidência da regra deveria pressupor a dificuldade *concreta* e comunicação entre o representante judicial e o réu, que pode não existir na relação entre o defensor público e o cidadão carente. A exceção, inclusive, parece não se compatibilizar com a Constituição, por violar o princípio da igualdade. (...) A Fazenda Pública submete-se ao ônus da impugnação específica (neste sentido, STJ, 2ª T, Resp n 635.996/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. em 6.12.2007, publicado no DJ de 17.12.2007). Não há razão para dispensar os advogados públicos desse ônus, até mesmo por uma questão ética: ao advogado particular cabe a tarefa de manifestar-se precisamente sobre o que afirma a parte adversária; o advogado público, qualificado após a aprovação em concursos públicos concorridíssimos, poderia, simplesmente, não manifestar-se sobre as afirmações da parte adversária, sem qualquer consequência... O papel do advogado na

> construção da decisão judicial justa não pode ser desprezado; a incidência da regra aos advogados dos entes públicos seria verdadeira *capitis deminutio* desses profissionais. Veja-se o exemplo da ação civil pública em que o ente público é réu: nessa situação, o interesse público está, preponderantemente, do lado ativo, não se admitindo a negação geral, conduta que se pode reputar temerária, quando provinda de ente público. (DIDDIER, 2015, p.654/655).

Como não bastasse, ao final dos litígios inevitavelmente longos contra a Fazenda Pública, os litigantes, via de regra, são capazes de constatar que o poder público não deixa de gozar de tantos outros privilégios quando da fase executiva do processo. A exemplo do procedimento de cumprimento de sentença relativo à decisão que reconheça o dever de pagar quantia certa. Isso porque, neste caso, o particular, quando executado, deverá ser inicialmente intimado para efetivar o pagamento de seu débito no prazo de quinze dias, sob pena do acréscimo de multa de dez por cento do valor do débito somado à condenação adicional de honorários advocatícios também fixados em mais dez por cento do débito, a teor do art.523, §1º, do Código de Processo Civil. Quando à execução, no entanto, se dirige contra a Fazenda Pública, o regramento da norma do art.534, §2º estabelece a ressalva expressa de que: “A multa prevista no §1º do art.523 não se aplica à Fazenda Pública”. O que implica que o não cumprimento voluntário da obrigação, por parte da Fazenda, mesmo no caso de um débito judicialmente reconhecido, não sujeita o ente público imediatamente a nenhum ônus adicional, tal como ocorre com os indivíduos em particular.

No plano recursal, seja ao longo da fase cognitiva ou executiva do processo, a dilação de prazo garantida à Fazenda soma-se, ademais, à faculdade de arcar mesmo com as eventuais multas apenas ao final do processo. Nesse sentido, é o regramento do agravo interno, regulamentado pelo art.1.021 da legislação processual. Porquanto ao passo que o §4º do referido dispositivo prevê a cominação de multa quando do eventual indeferimento do agravo em votação unânime, *condicionando a interposição de qualquer outro recurso ao pagamento prévio da multa*. Por outro lado, também existe a previsão, por sua vez, de que tal exigência acerca da interposição dos recursos será aplicada: "À exceção da Fazenda Pública e do beneficiário da gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final." (art.1.021, §5º, segunda parte).

De maneira que mesmo o eventual manejo de recursos nitidamente protelatórios tampouco sujeita o poder pública a ônus imediato, o que se traduz em nítido estímulo às aventuras judiciais justamente por parte daquele que mais deveria contribuir para a razoável duração do processo. Não por acaso, o dispositivo do art.1.026, §3º, que regulamenta dos embargos de declaração, vai no sentido do mesmo e injustificado privilégio:

> Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, <u>à exceção da Fazenda Pública</u> e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final. (BRASIL, 2020, grifo nosso).

E mesmo não deixando de reconhecer que se trata apenas e tão somente de *dilação* no pagamento das custas, na medida em que a Fazenda deverá forçosamente arcar com o débito ao final da demanda, de rigor, deve-se reconhecer que esta dilação temporal em si já constitui uma vantagem e estimulo para a interposição de medidas judiciais sem custo imediato. Uma vantagem da qual o particular simplesmente não pode se valer, por expressa vedação legal, o que mais uma vez demonstra a inequívoca maleabilidade das opções legislativas cristalizadas no novo código processual, cujas rígidas determinações continuaram pontualmente suavizadas a depender da natureza subjetiva das partes.

Por fim, o art.1.059, numa determinação ainda não observada por muitos dos atores do processo civil, fixou que: "À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009". Sendo que ambas as leis a que alude o dispositivo se remetem, respectivamente, à lei que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do poder público (Lei nº 8.437/92), e à lei que regulamenta o mandado de segurança (Lei nº 12.016/09). Nesse sentido, a opção legislativa em favor do poder público se mostra bastante clara, mais uma vez, na remissão da Lei nº 8.437/92, constante do seu art.1º, ao dispor que:

> Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (BRASIL, 2020).

Em correlação com o citado dispositivo, o art.7º, §2º, da Lei nº 12.016/09, estabeleceu expressivas vedações contra a concessão de medidas liminares em desfavor da Fazenda Pública, vedações estas que, por extensão do citado art.1.059 do Código de Processo Civil, passam a ser aplicáveis, por conseguinte, a toda e qualquer eventual concessão de tutela provisória contra a Fazenda, mesmo que sob o rito do processo ordinário. Diz o referido art.7º da Lei do Mandado de Segurança:

> Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. (BRASIL, 2020).

Especialmente a parte final do dispositivo, relativa à vedação de tutelas provisórias concessivas de "pagamento de qualquer natureza", demonstra a extensão das benesses legais do poder público. Uma vez que, mesmo diante dos mais diversos atrasos ou ausências de pagamentos dos débitos da Fazenda Pública, como tantas vezes ocorre de maneira e notória, por mais evidente que seja a ilegalidade do ato do gestor público – atrasando, por exemplo, o pagamento do subsídio de servidores público, verba de nítida natureza alimentar – o Poder Judiciário se vê impedido de sanar a situação por meio da concessão da tutela provisória competente. As partes deverão aguardar, longamente e com paciência, a conclusão do trânsito em julgado do feito, muitas vezes apenas para que seus herdeiros sejam os beneficiários do prejuízo por ventura recuperado.

3. HIPOCRISIA DO PODER: A RECORRENTE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS POR PARTE DAQUELE QUE DEVERIA SER O SEU MAIOR GUARDIÃO

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi bastante celebrada, em particular, a inserção de um novo inciso (LXXVIII) ao já conhecido rol do art.5º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2020). A partir de então, a atual carta constitucional brasileira passou a determinar expressamente que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Assim, contra a reconhecida morosidade do Poder Judiciário, o dispositivo em questão buscou impor uma necessária e oportuna colaboração de todos os atores da justiça (magistrados, advogados, promotores etc.) no sentido de assegurar a prestação da tutela jurisdicional por parte de poder público em tempo minimamente razoável.

Contudo, em que pese o ideal legítimo do horizonte desenhado pela nova garantia constitucional, forçoso reconhecer hoje que o próprio Estado, ou seja, a Fazenda Pública, constitui um dos principais agentes que, na sua atuação autocentrada, contribui para o congestionamento do sistema judiciário brasileiro. Algo já antecipado por muitos que dispõem de alguma familiaridade com o cotidiano forense, mas que passou a ser atestado e revelado por números após a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, não por acaso regulamentado por meio da mesma Emenda Constitucional nº45, de 2004.

Consultando o sumário executivo do último levantamento "Justiça em Números", do ano de 2020, encontramos, por exemplo, que "as varas de execução fiscal têm a maior média em processos pendentes, com cerca de 49 mil processos por vara" (CNJ, 2020, p.5). Ou seja, na medida em que a Fazenda via de regra não transige acerca dos seus interesses, mesmo no que tange à execução por vezes de valores ínfimos, as execuções fiscais passam a compor boa parte do acervo do Poder Judiciário brasileiro. Nesse sentido:

> Os processos de execução fiscal representam 39% do total de casos pendentes e 70% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados. (CNJ, 2020, p.6).

Ainda que a execução fiscal se imponha como meio de cobrança legal absolutamente vinculado, a extensa duração desses procedimentos claramente pode ser relacionada, em parte, também a todos os benefícios relativos à extensão de prazos processuais e à ausência de condicionantes recursais imediatos, como despesas de preparo e multa, somente custeados pelo poder público ao final da demanda, como visto anteriormente. Tanto que "desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,1 pontos percentuais, passando de 68,5% para 60,4% em 2019." (CNJ, 2020, p.6).

Constata-se hoje que as execuções fiscais correspondem a praticamente metade do acervo de processos da Justiça Estadual de 1º grau, sendo que as demandas ajuizadas pelo poder público correspondem a nada

menos do que 43% (quarenta e três por cento) do total (CNJ, 2020, p.6). Comprova-se, com isso, que o maior litigante, em nível nacional, ou seja, aquele que menos contribui para a implementação da garantia do art.5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, é o próprio Estado. Justamente aquele que, em primeiro lugar, deveria primar, sobretudo, pela garantia da razoável duração do processo, na medida em que invoca para si o monopólio exclusivo da jurisdição.

O nível do congestionamento estimulado pelo Poder Público assume dimensão assombrosa quando se considera o tempo médio de resolução das execuções fiscais, qual seja, seis anos e sete meses (CNJ, 2020, p.6). De maneira que seriam necessários seis anos e sete meses sem o ajuizamento de nenhuma nova execução fiscal, até que o Poder Judiciário lograsse esgotar o acervo atualmente existente. Por óbvio, nenhum indivíduo ou empresa privada se aproxima nem mesmo remotamente de números tão expressivos, o que torna paradoxal, para dizer o mínimo, as constantes campanhas impulsionadas especialmente pelos órgãos judicias em favor dos meios alternativos de resolução de conflitos, seja por meio da mediação ou da conciliação.

Afinal, como poderíamos pretender, de forma legítima, que o poder público, justamente o maior e mais expressivo litigante ou “cliente” Poder Judiciário, busque incentivar que os particulares busquem a resolução de seus conflitos por meios próprios? É dizer, aquele que mais movimenta a máquina judiciária, pretende incentivar todos os demais a não fazê-lo. Se por um lado, os recursos recuperados por meio das execuções fiscais certamente somam números expressivos - R$ 47,9 bilhões

equivalentes a nada menos que 62,7% de toda a receita do Poder Judiciário, segundo o último levantamento (CNJ, 2020, p.6) – cabe perguntar até que ponto este reforço financeiro do erário pode compensar o custo social de um sistema judiciário absolutamente congestionado.

Tampouco a questão se resume apenas e tão somente ao problema pontual e específico do volumoso ajuizamento de execuções fiscais. Desde de 2011, as bases de dados do CNJ registram igualmente os números do levantamento dos "100 Maiores Litigantes" (CNJ, 2011, 2012), dentre os quais despontam com impressionantes índices de litigiosidade precisamente alguns dos maiores órgãos e autarquias públicas do País. Consta, por exemplo, que o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS foi o responsável, no ano de 2011, por 22,33% de todo o acervo de processos do sistema judiciário brasileiro. Percentual este que sobe para 43,12%, quando considerado apenas o acervo da Justiça Federal (CNJ, 2011, p.5).

Em nível nacional, mesmo após o INSS, os cinco maiores litigantes na sequência imediata são também – e não surpreendentemente – órgãos públicos. A relação entre os entes públicos em referência e os respectivos percentuais do acervo processual que envolve cada qual das entidades, no ano de 2011, era a seguinte: 2 – Caixa Econômica Federal (8,50%); 3 – Fazenda Nacional (7,45%); 4 – União (6,97%); 5 – Banco do Brasil S/A (4,24%); 6 – Estado do Rio Grande do Sul (4,24%) (CNJ, 2011, p.5). Em resumo, como depois reconheceu o relatório de 2012 (CNJ, 2012, p.7), o fato é que:

> (...) o setor público (federal, estadual, municipal), os bancos e a telefonia, representam aproximadamente 35,5% do total de processos ingressados entre 1º de Janeiro e 31 de Outubro de 2011 do consolidado das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho. (CNJ, 2012, p.7).

Como se percebe, o Estado, em sentido amplo, se apresenta a toda evidência como o maior de todos os litigantes, ou seja, o principal agente de movimentação da máquina judiciária. Ao mesmo tempo, esse grande e expressivo litigante também é aqueles para quem a legislação insiste em assegurar os maiores privilégios jurídico-processuais, num claro estímulo para a continuidade da litigiosidade excessiva do agente estatal. Sendo que a própria legislação, por outro lado, determina que a "conciliação, a mediação e outros métodos de solução consulta de conflitos", deverão ser estimulados por parte dos agentes da justiça, a teor do art.3º, §3º, do CPC (BRASIL, 2020).

Mas essa busca constante pelos meios alternativos de resolução de conflitos, quando imposta simplesmente pela força da lei, trata-se de uma determinação estatal que assume contornos verdadeiramente cínicos e hipócritas, considerando que o poder público, por sua vez, simplesmente não consegue ainda abrir mão dos expressivos privilégios que a via processual lhe assegura para a resolução os conflitos de seu interesse.

4. CONCLUSÃO

Ao final, não se pretende negar o problema real da excessiva litigiosidade que ainda congestiona a máquina judiciária, nem tampouco a

legitimidade do recurso ao Poder Judiciário para a garantir legal dos direitos da fazenda e do erário público. Contudo, nos parece evidente que diante da necessidade de uma articulação conjunta de todos os agentes da justiça para a resolução do problema da morosidade processual, não se pode prescindir da participação dos órgãos públicos nesse processo.

Qualquer discussão acerca do problema que não aborde a questão do Estado como o principal litigante do sistema judiciário será sempre e necessariamente parcial, assumindo o risco de se apresentar como um discurso invariavelmente carregado de hipocrisia e cinismo. Porquanto o maio "cliente" da justiça simplesmente não dispõe de legitimidade para estimular os particulares da busca pelos ditos meios alternativos de resolução de conflitos.

Isso enquanto o próprio Estado não for capaz de transigir acerca de seus próprios benefícios e privilégios legais. O imenso custo social de um sistema de justiça moroso e inoperante não nos permite considerar referidos privilégios como "garantias" ou "prerrogativas" do poder público ligadas a um suposto "interesse social". Uma vez que, se existe de fato algum interesse coletivo, como atestou o art.5º, LXXVIII, da Constituição Federal, este reside mais do que tudo na funcionalidade do sistema judicial, lembrando-se sempre e novamente com Rui Barbosa que: "(...) justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta." (BARBOSA, 1999, p.39).

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Cury. 5ª ed. Rio de Janeiro/RJ: Fundação Casa Rui Barbosa, 1997.

BRASIL. **Código de Processo Civil** - Lei nº 13.105/2015. In: www.planalto.gov.br. Acesso em 14 de Outubro de 2020

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. In: www.planalto.gov.br. Acesso em 14 de Outubro de 2020

CNJ. **Justiça em Números – 2020.** Conselho Nacional de Justiça. In: www.cnj.jus.br. Acesso em 14 de Outubro de 2020

CNJ. **100 Maiores Litigantes – 2011**. Conselho Nacional de Justiça. In: www.cnj.jus.br. Acesso em 14 de Outubro de 2020

CNJ. **100 Maiores Litigantes – 2012**. Conselho Nacional de Justiça. In: www.cnj.jus.br. Acesso em 14 de Outubro de 2020

DIDDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ªed. Salvador/BA: Juspodivum, 2015.

III. A PSICOPATIA E A IMPUTABILIDADE

Thaynara Katielle Providelo Pereira[1]
Roseli de Melo G. Marques dos Santos[2]

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade analisar a imputabilidade do indivíduo psicopata e verificar se este tem capacidade de culpabilidade, bem como se possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato delituoso. Analisa ainda como o sistema jurídico se porta frente a psicopatia. Ademais, será exposto que no Direito Penal a capacidade de culpabilidade dos psicopatas não é um tema pacífico, e que existem algumas divergências quando a imputabilidade do criminoso psicopata. De um lado há os que defendem que os psicopatas devem ser considerados semi-imputáveis e, de outro lado, há os que defendem que devem ser considerados imputáveis. Por fim, será exposto quanto ao cumprimento de pena para o criminoso psicopata e será apontada a necessidade de um tratamento especial para esses criminosos.

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatia. Imputabilidade. Transtorno de Personalidade.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the imputability of the psychopathic individual, where it will be verified if he has the capacity for guilt, as well as the ability to understand the illicit nature of the criminal fact, also verifying how the legal system is faced with psychopathy. Moreover, it will be exposed that in criminal law the ability of psychopaths to be guilty is not a peaceful theme, as well as there are some divergences when the imputability of the psychopathic criminal, on the one hand, those who argue that psychopaths should be considered semi-imputable and on the other there are those who argue that it should be considered attributable. Finally, it will be exposed about the execution of sentence for the psychopathic criminal, as well as the need for special treatment for these criminals will be pointed out.

KEY-WORDS:. Psychopathy. Imputability. Personality disorder.

---

[1] Acadêmica do 5°ano de Direito da Faculdade Maringá.
[2] Orientadora, Mestre em Psicologia. Psicóloga clínica. Professora da disciplina de Psicologia Jurídica do curso de Direito da Faculdade Maringá.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal faz parte do ordenamento jurídico e estuda o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, definindo as infrações penais, que podem ser crimes e contravenções e comina sanções para essas devidas infrações, as quais podem ser uma pena ou uma medida de segurança. Todavia, existem alguns assuntos que não são pacíficos no Direito Penal, principalmente no que diz respeito à capacidade de culpabilidade dos psicopatas.

Por esta razão, o presente artigo fará uma análise quanto à psicopatia, em que serão abordadas as características do psicopata e seu comportamento dentro das diversas relações sociais. Também será exposta a psicopatia no âmbito do Direito Penal, para se chegar a uma conclusão acerca da capacidade do psicopata e entender o caráter ilícito do fato delituoso praticado por ele e a sua responsabilidade penal. Para tanto, será apresentado como o sistema jurídico se porta frente à psicopatia, como ocorre a aplicação da lei, quais as consequências jurídicas e punitivas para esses indivíduos e quais são os critérios adotados para decidir se há ou não elementos para considerar a imputabilidade do indivíduo psicopata.

A pesquisa inicia com a definição de psicopatia, suas características e comportamento. Em seguida, abordará a culpabilidade, em que será conceituada e delimitada a imputabilidade, inimputabilidade e a semi-imputabilidade. Posteriormente, é realizada uma análise quanto à divergência sobre a imputabilidade do psicopata, em que serão apresentados os posicionamentos de penalistas que defendem a semi-

imputabilidade e o posicionamento de psicólogos e psiquiatras que defendem a imputabilidade. Depois, será abordado quanto ao cumprimento da pena do criminoso psicopata e poderá ser observado que não há uma uniformidade de tratamento para os psicopatas que cometem crime. Por fim, serão apresentados dois crimes bárbaros que eclodiram na mídia e foram praticados por supostos psicopatas.

A metodologia utilizada para a elaboração deste artigo foi com base em pesquisas bibliográficas, que consistem na utilização dos diversos materiais existentes sobre o tema, tais como, livros, jurisprudências, artigos, legislações etc. O tema em foco tem relação com a personalidade e comportamento do indivíduo psicopata, bem como a imputabilidade que lhe é implicada, tendo em vista que a psicopatia não é considerada uma doença mental ou um desenvolvimento mental retardado ou incompleto, posto que esta não altera a capacidade psíquica do agente.

Ao final, verificou-se que, embora haja uma discordância de opinião sobre a imputabilidade do individuo psicopata, notou-se que há uma conclusão unânime de que a psicopatia não é uma doença mental e que seu portador tem plena consciência de seus atos, não incidindo, portanto, na regra do *caput* do artigo 26 do CP.

2 DEFINIÇÃO DE PSICOPATIA

Etimologicamente, o termo psicopatia vem do grego psyche: mente e pathos: doença, que significa doença da mente(SILVA, 2010, p.32). De acordo com a classificação internacional de doenças, a psicopatia

é classificada como CID-10 e se enquadra no código F60.2 (Transtorno de Personalidade Dissocial).

Embora o termo psicopatia signifique doença da mente, esta não se encaixa na visão tradicional de doenças mentais, uma vez que os psicopatas não são considerados loucos e nem são pessoas desorientadas que perdem o contato com a realidade e não apresentam ilusões, alucinações ou intenso sofrimento mental, que caracterizam a maioria dos transtornos mentais (HARE, 2013, p. 38).

O psicólogo Robert Hare define a psicopatia como um conjunto de traços de personalidade e também de comportamentos sociais desviantes. Ainda, o autor aponta que, diferente dos psicóticos, os psicopatas são racionais e conscientes do que estão fazendo e por qual motivo estão agindo, ou seja, o seu comportamento é uma escolha exercida livremente (HARE, 2013, p. 38).

Os psicopatas recebem outros nomes, como personalidade antissocial, sociopatas, personalidades dissociais, personalidades psicopáticas, entre outras (SILVA, 2010, p. 31). Porém, atualmente a psicopatia se enquadra nos grupos de transtorno de personalidades; é conhecido então como Transtorno de Personalidade Antissocial (TRINDADE, 2012, p. 161).

O Transtorno de Personalidade Antissocial é um diagnóstico oficial, descrito no DSM-V possui o seguinte conceito:

301.7 Transtorno da Personalidade Antissocial

> Característica essencial: é um padrão difuso de indiferença e violação dos direitos dos outros, o qual surge na infância ou início da adolescência e continua na vida adulta. Esse padrão também já foi referido como: psicopatia, sociopatia ou transtorno da personalidade dissocial.(AMERICAN Psychiatric Association. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5, 2014, p. 659).

Ainda, para Robert Hare, Transtorno da Personalidade Antissocial e psicopatia não são sinônimos, uma vez que, para o autor, o primeiro se refere a um conjunto de comportamentos criminosos e antissociais. Já o segundo, a psicopatia, é definida como um conjunto de traços de personalidade e de comportamentos sociais desviantes (HARE, 2013, p. 40).

Por fim, é importante destacar que, de acordo com a Organização Mundial de Saúde – OMS, o Transtorno da Personalidade Antissocial diz respeito a um distúrbio da personalidade, com predominância de manifestações sociopáticas ou associais (PRETE, PEREIRA e SILVA, 2016, p. 42-56).

Desta forma, conclui-se que a psicopatia não se refere à doença mental, mas sim a um transtorno de personalidade, em que o indivíduo age por critério próprio, no qual seus comportamentos e escolhas, são exercidos voluntariamente.

2.1 Comportamento Do Indivíduo Psicopata Dentro Das Relações Sociais

Os psicopatas costumam ser muito espirituosos e bem articulados, tornando uma conversa divertida e agradável e aparentam ser melhores do que as pessoas comuns, mostrando-se bem educados, inteligentes, talentosos e encantadores (SILVA, 2010, p. 37-63).

Além disso, os psicopatas possuem muita facilidade em se misturarem socialmente e, com isso, assumem uma personalidade que não é sua, para dissimular e agradar aqueles que se encontram ao seu redor. Assim, diante desta facilidade de se socializarem, eles conseguem passar por cidadãos perfeitos, constituindo família, interagindo naturalmente com as pessoas ao seu redor e trabalhando em empregos normais. Todavia, todo este comportamento trata-se apenas de uma dissociação do seu verdadeiro eu (CASOY, 2004, p. 21-23).

Ainda, eles se mostram muito convincentes nas histórias que contam e possuem uma certa habilidade para ludibriar as pessoas com suas trapaças e artimanhas. Porém, embora apresentam ter muito conhecimento ao contar suas histórias, na realidade, o que possuem é um falso conhecimento de várias áreas. Ainda são egocêntricos e narcisistas e acham que podem viver de acordo com suas próprias regras (PRETE, PEREIRA e SILVA, 2016, p. 42-56).

SILVA (2010, p. 32) em sua obra Mentes Perigosas – O Psicopata Mora ao Lado – traz algumas características do indivíduo psicopata. A referida autora aponta que, no geral, os psicopatas são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos e sedutores que buscam apenas os próprios benefícios. Ainda salienta que eles são

incapazes de estabelecerem vínculos afetivos, não sentem culpa e nem remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos.

Como já mencionado, os psicopatas são desprovidos de remorso e culpa, eles mostram uma grande falta de preocupação com os efeitos devastadores de suas ações sobre os outros (HARE, 2013, p. 55), ou seja, não sentem nenhuma culpa e nem responsabilidade pessoal por ações que desapontam ou causam dano efetivo as pessoas ao seu redor. Além disso, costumam minimizar ou até negar as consequências de seus atos numa distorção irônica e consideram que as vítimas são eles próprios (SAVAZZONI, 2019, p. 59).

Ademais, como uma característica marcante dos psicopatas, temos a falta de empatia; eles são incapazes de se colocarem no lugar dos outros e não se preocupam com os sentimentos das outras pessoas. Os psicopatas veem as pessoas como objetos, que devem ser usados para satisfazer suas próprias vontades; são indiferentes aos direitos e sofrimentos tanto de estranhos como de seus próprios familiares (HARE, 2013, p. 58-59).

Insta salientar que psicopatas são incapazes de amar, pois eles não possuem a consciência genuína que caracteriza a espécie humana. Eles gostam de possuir coisas e pessoas. Assim, é com esse sentimento de posse que os psicopatas se relacionam com as pessoas e o mundo (SILVA, 2010, p. 69). Portanto, quando eles mantêm algum laço de afetividade, seja com esposa ou filhos, isso ocorre apenas porque consideram os membros de sua família como um bem que lhes pertence (HARE, 2013, p. 60).

Em sua obra, Silva cita o trabalho do psicólogo Robert Hare, e de acordo com o entendimento deste, a autora aponta que os psicopatas têm total consciência dos seus atos, ou seja, eles sabem perfeitamente que estão infringindo regras sociais, bem como sabem o porquê de estarem agindo desta forma. Destaca ainda que a deficiência deles está no campo dos afetos e das emoções e, por esta razão, para os psicopatas, tanto faz maltratar, ferir ou matar alguém que atravesse os seus interesses, mesmo se esse alguém fizer parte de seu convívio íntimo. Todos esses comportamentos depressíveis dos psicopatas são resultados de suas escolhas, que são exercidas livremente e sem qualquer culpa ou remorso (SILVA, 2010, p. 35).

SAVAZZONI (2019, p. 59) complementa que os psicopatas são indivíduos que tendem a ser superficiais, insensíveis, arrogantes, dominantes e manipuladores, bem como irritáveis, com ausência de remorsos e empatia; são incapazes de estabelecer vínculos emocionais profundos. Ainda, com relação as suas características comportamentais, os psicopatas tendem a ser impulsivos e irresponsáveis, com tendência crônica para ignorar ou violar as normas sociais e possuem um estilo de vida socialmente desviante.

Desta forma, diante do exposto, entende-se que os psicopatas são indivíduos desprovidos de culpa, remorso e arrependimento; são indivíduos frios, com ausência de sentimentos, incapazes de amar e, é por estas razões, que os psicopatas podem vir a praticar os crimes mais desumanos, pois eles não vão se sentir culpados e muito menos achar que sua atitude foi errada.

Todavia, vale lembrar que nem todos os psicopatas são pessoas violentas ou agressivas.

3 CULPABILIDADE

A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal que é realizada sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, ou seja, é a possibilidade de considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal (GRECO, 2017, p. 516).

NUCCI (2014, p.236) conceitua culpabilidade como um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito.

Deste modo, são elementos da culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa (SAVAZZONI, 2019, p. 94).

Sendo assim, só haverá culpabilidade: se o sujeito, de acordo com as suas condições psíquicas, no momento da ação, pode formar sua consciência e vontade de acordo com o direito (imputabilidade); se possui condição de compreender a ilicitude de sua conduta (possibilidade de conhecimento da ilicitude) e se é possível, nas circunstâncias, exigir conduta diferente daquela do agente (exigibilidade de conduta diversa) (MIRABETE, 2012, p. 184).

Desta forma, primeiramente o juiz deverá avaliar se o agente detém maturidade e sanidade psíquicas e que não se enquadra em nenhuma das causas de inimputabilidade previstas em lei, nos artigos 26 a 28 do Código Penal. Em segundo momento, observará se o agente tem potencial consciência do caráter ilícito de sua conduta. Por fim, analisará se a ação ou omissão ocorreu em uma situação normal, na qual poderia exigir conduta diversa (SAVAZZONI, 2019, p. 95).

Insta salientar que a culpabilidade pressupõe esses três elementos já mencionados, e assim, na ausência de qualquer um deles, estará afastada a culpabilidade (SAVAZZONI, 2019, p. 95). Ainda, vale destacar que na culpabilidade afere-se apenas se o agente deve ou não responder pelo crime, ou seja, não será possível a exclusão do dolo e da culpa ou da ilicitude, nessa fase, uma vez que tais elementos já foram analisados nas precedentes (CAPEZ, 2012, p. 328).

Assim, partindo dessas iniciais considerações sobre a culpabilidade, na próxima seção, será analisado pormenorizadamente sobre a imputabilidade, inimputabilidade e a semi-imputabilidade.

3.1 Imputabilidade

A Imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Para tanto, o agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal, bem como deve ter total condição de controle sobre sua vontade (CAPEZ, 2012, p. 335). Desta forma, a

imputabilidade diz respeito à capacidade psíquica abstrata de um indivíduo ser responsabilizado por infração penal (FÜHRER, 2000, p. 39).

Assim, a imputabilidade depende de dois elementos: um intelectual que é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato; e o outro é o volitivo, que é a faculdade de controlar sua própria vontade (GRECO, 2017, p. 530).

Consequentemente, para ser considerado imputável, o agente precisa apresentar cumulativamente os elementos intelectual e volitivo, pois, na falta de um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos (SAVAZZONI, 2019, p. 96).

3.2 Inimputabilidade

Já a Inimputabilidade é a incapacidade de o agente entender o caráter ilícito do fato no momento de executá-lo (SANTOS, 2018). Desta forma, para caracterizar a inimputabilidade, devem estar presentes os seguintes requisitos: causal - causas biológicas previstas especialmente em lei; consequencial - incapacidade intelectiva ou volitiva; cronológica - ao tempo da ação ou omissão; e quantitativa - inteiramente ou parcialmente incapaz (SAVAZZONI, 2019, p. 98).

Observa-se que as causas biológicas de inimputabilidade são estabelecidas pela própria lei penal nos seus artigos 26 a 28 do Código Penal, sendo elas: doença mental; desenvolvimento mental incompleto ou retardado; menoridade e embriaguez acidental completa (SAVAZZONI, 2019, p. 99).

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
>
> Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
>
> Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
> § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Posto isso, passamos a analisar os termos mencionados pela legislação.

No âmbito do Direito Penal, a expressão doença mental engloba todas as alterações mórbidas de saúde mental que suprem a capacidade mental do indivíduo, independentemente da causa, seja ela orgânica, tóxica ou funcional. Já o desenvolvimento mental incompleto ou retardado diz respeito aos indivíduos dotados de capacidade mental, mas que não é

suficientemente desenvolvida, ou seja, eles não apresentam maturidade psíquica, possuem uma capacidade mental limitada (SAVAZZONI, 2019, p. 99-100).

Quanto à menoridade, o Código Penal prevê que os menores de 18 anos são inimputáveis, em razão da imaturidade natural, cabendo a eles as aplicações previstas no Estatuto da Criança e Adolescente, no que diz respeito a ato infracional. Ainda, a inimputabilidade é absoluta e independe de constatação pericial de que era, ao tempo da ação, capaz de entender o caráter ilícito (SAVAZZONI, 2019, p. 100).

Com relação a embriaguez, o agente será considerado inimputável somente se a embriaguez completa acidental decorrer de caso fortuito (não conhecimento sobre a natureza tóxica da substância) ou de força maior (ingestão forçada da substância tóxica) (SAVAZZONI, 2019, p. 100).

Por fim, insta salientar que, para identificar a inimputabilidade de forma eficaz, é imprescindível que seja realizada uma perícia médica a fim de que seja devidamente comprovada a sua causa, seja por doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, pois, somente com esse laudo é que o magistrado poderá julgar o caso com propriedade (MASSON, 2013, p. 474).

3.3 Semi-Imputabilidade

Por sua vez, a semi-imputabilidade é a perda de parte da capacidade de entendimento e autodeterminação em razão de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado. Alcança os

indivíduos em que as perturbações psíquicas tornam menor o poder de autodeterminação e mais fraca a resistência interior em relação à pratica do crime, ou seja, o agente é imputável e responsável por ter alguma noção, mas a sua responsabilidade é diminuída em razão de ter agido com a culpabilidade reduzida devido as suas condições pessoais (CAPEZ, 2012, p. 347).

Trata-se de casos limítrofes entre a imputabilidade e a inimputabilidade, de modo que a enfermidade mental não exclui a capacidade de compreensão, mas provoca a redução desta (SAVAZZONI, 2019, p. 100).

Assim, nesta categoria de semi-imputabilidade, o Código Penal incluiu os casos de perturbação da saúde mental e de desenvolvimento mental incompleto ou retardado em que constatam apenas uma diminuição e não um prejuízo total da capacidade de entender. Ainda, são incluídos nesse grupo os casos de embriaguez acidental incompleta (SAVAZZONI, 2019, p. 102).

A semi-imputabilidade está prevista no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal:

> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).(BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Assim, nos casos de semi-imputabilidade, os sujeitos são considerados imputáveis, respondem pelo ilícito que praticaram, mas a pena pode ser diminuída de um a dois terços, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal. Ainda, neste aspecto tem-se uma divergência entre os doutrinadores sobre a redução da pena ser obrigatória ou uma faculdade ao juiz (SAVAZZONI, 2019, p. 102).

Por fim, insta salientar que é facultado ao juiz, em casos de semi-imputabilidade, a substituição da pena por medida de segurança, se for comprovado no caso concreto a necessidade de tratamento especial curativo, conforme previsão constante no artigo 98 do Código Penal (SAVAZZONI, 2019, p. 102).

4. A PSICOPATIA E A IMPUTABILIDADE

4.1 Divergência Sobre A Imputabilidade do Psicopata

Com relação ao Direito Penal, tem-se que a capacidade de culpabilidade dos psicopatas não é um tema pacífico, e ainda no Código Penal não tem nenhum dispositivo específico a respeito. Sendo assim, a doutrina tem um posicionamento cauteloso, deixando a critério do magistrado aferir a imputabilidade do agente psicopata mediante laudo pericial (SAVAZZONI, 2019, p. 107).

Contudo, como já analisado, sabemos que o *caput* do artigo 26 do Código Penal é utilizado como um parâmetro, para compreender os

inimputáveis, portanto, somente é considerado inimputável quem por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não possuir plena capacidade para entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento (ABREU, 2013).

Dessa forma, para o reconhecimento da inimputabilidade dos psicopatas, seria necessário que a psicopatia fosse tratada como uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (ABREU, 2013); todavia, como já mencionado neste presente artigo, a psicopatia não se configura como doença mental e, sim, como um transtorno da personalidade (SAVAZZONI, 2019, p. 107).

Insta salientar que a psicopatia não se constitui como uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, porque esta não altera a capacidade psíquica do agente, ou seja, os psicopatas não se alienam da realidade, conservam a consciência e sabem exatamente as normas que regem a sociedade e suas consequências (ABREU, 2013).

Portanto, fica de plano afastada a inimputabilidade do psicopata, restando, portanto, a discussão sobre o enquadramento desses sujeitos como semi-imputáveis ou imputáveis (SAVAZZONI, 2019, p. 108).

Desta forma, quanto as divergências sobre a imputabilidade dos psicopatas, temos de um lado os penalistas, como Julio Fabbrini Mirabete e Miguel Reale Junior, citados por Savazzoni, que defendem a semi-imputabilidade dos psicopatas. Esses penalistas também afastam a ideia de caracterizar a psicopatia como doença mental e defendem a existência da perturbação mental, que reduz a capacidade de entender o caráter ilícito do

fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento e, por esta razão, é que defendem a semi-imputabilidade (SAVAZZONI, 2019, p. 108).

De outro lado, temos os psicólogos e psiquiatras como Robert D. Hare e Jorge Trindade, citados por Savazzoni, que defendem a imputabilidade dos psicopatas. Estes garantem que o transtorno da personalidade não afeta a capacidade intelectiva e volitiva dos psicopatas (SAVAZZONI, 2019, p. 108).

Desse modo, algumas das interpretações dos que defendem a semi-imputabilidade é de que os psicopatas entendem o que é crime e possuem uma capacidade cognitiva conservada. Todavia, possuem um transtorno que afetam a sua personalidade, pois não são capazes de controlar seus estímulos à prática criminosa e, assim, têm a sua liberdade de opção no momento da ocorrência do fato comprometida, por ter a sua vontade diminuída em razão da perturbação mental. Esta, inclusive, é uma perspectiva prevista no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal (SABINO, 2010).

Mirabete aponta que os psicopatas são enfermos mentais e possuem uma capacidade parcial de entender o caráter ilícito do fato. Assim, a psicopatia se inclui na categoria de perturbações mentais e, pelas suas perturbações de conduta e anomalias psíquicas que se manifestam, acarreta a submissão ao art. 26, parágrafo único do Código Penal (MIRABETE, 2012, p. 199).

Ainda, Reale acrescente que não se trata mais de doença mental e, sim, de perturbação mental, o que enquadraria as psicopatologias, em

especial a falha de caráter do portador de personalidade psicopática, que apresenta elevado grau de inteligência, mas ausência de afetividade de seus sentimentos e de arrependimento (REALE JÚNIOR, 2004, p. 211).

Já quanto aos psicólogos e psiquiatras que defendem a imputabilidade, Savazzoni cita os professores Nilson Sant'Anna e Robert D. Hare, os quais sustentam que o simples rótulo de personalidade psicopática, ainda que de mediana gravidade, deve representar a plena responsabilidade sem diminuição de pena, pois os psicopatas realmente correspondem aos padrões jurídicos e psiquiátricos de imputabilidade. Eles compreendem as regras da sociedade e são capazes de controlar o próprio comportamento (SAVAZZONI, 2019, p. 111).

Savazzoni traz em sua obra que Robert D. Hare defende a total imputabilidade do psicopata, pois este não tem qualquer déficit na capacidade intelectiva ou volitiva.[3] Ainda, Ana Beatriz Barbosa Silva afirma que os psicopatas sempre sabem qual a consequência de suas atitudes, contudo, não dão importância para isso (SAVAZZONI, 2019, p. 112).

Ainda, Savazzoni aponta o posicionamento de Jorge Trindade que é no sentido de que os psicopatas devem ser responsabilizados por seus atos, pois estes possuem pensamentos suficientes para discernir e capacidade plena para entender o caráter ilícito de seus comportamentos (SAVAZZONI, 2019, p. 112).

Nesse sentido, Führer aponta que os psicopatas detêm absoluta consciência da ilicitude da conduta e plena capacidade de autodeterminação, e isso é o suficiente para a sua responsabilidade criminal (FUHRER, 2000, p. 64).

Diante do exposto, percebe-se que os psicopatas não sofrem de prejuízo intelectivo; eles são totalmente capazes de planejar sua ação almejando um objetivo e considerando as consequências com plena compreensão do caráter ilícito (SAVAZZONI, 2019, p. 114).

Todavia, a posição doutrinária majoritária é de que a psicopatia configura uma perturbação da saúde metal e, portanto, enquadra-se o agente como semi-imputável (SAVAZZONI, 2019, p. 114).

Há entendimentos de que os psicopatas não seriam plenamente imputáveis, pois, apesar de terem suas esferas intelectuais e volitivas conservadas, possuem comprometimento na esfera afetiva. Por esta razão, seriam capazes de conhecer, entender, mas não compreender e, diante disso, a sua capacidade de determinar-se estaria comprometida devido à insensibilidade estrutural de sua personalidade (SAVAZZONI, 2019, p. 115).

Assim, se o agente é considerado semi-imputável, ficará a critério do magistrado verificar o caso concreto para estabelecer a aplicação da redução de 1 a 2/3 ao agente, ou determinar a substituição por medida de segurança, nos termos do art. 98 do Código Penal (SAVAZZONI, 2019, p. 109).

Desta maneira, concluímos que são duas correntes que tratam sobre o assunto: uma que afirma que os psicopatas devem ser enquadrados como semi-imputáveis; e outra que os compreendem como imputáveis. Contudo, na prática, a doutrina jurídica prefere definir os psicopatas como semi-imputáveis, considerando que eles possuem uma perturbação da saúde mental, que em tese, afetaria sua capacidade volitiva (autodeterminar-se). Portanto, deixa nas mãos do magistrado o enquadramento do sujeito para a aplicação de pena privativa de liberdade reduzida, ou aplicação da medida de segurança com internamento (SAVAZZONI, 2019, p. 121).

Embora se tenha uma discordância de opiniões, os autores chegam em uma importante conclusão: a psicopatia não é uma doença mental, e que o seu portador tem consciência plena da ilicitude de seus atos e autodeterminação para praticá-los ou não. Portanto, não incidem nas regras do *caput* do art. 26 do Código Penal (JARDIM, 2009, P. 10).

Por fim, diante das divergências, neste presente artigo, com base no que foi exposto, o posicionamento é de que o psicopata deve ser considerado inteiramente capaz, ou seja, imputável, afastando-se assim as previsões do *caput* e parágrafo único do art. 26 do CP, tendo em vista que estes têm total capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento.

4.2 O Cumprimento De Pena Do Criminoso Psicopata

Nota-se que não há uma uniformidade de tratamento para os psicopatas que cometem crime; ora estão sujeitos à pena de prisão, ora à medida de segurança (PRETE, PEREIRA e SILVA, 2016, p. 42-56). Ainda, insta salientar que o tratamento adotado pela doutrina, de considerar o psicopata como semi-imputável, deixa ao arbítrio do juiz a análise sobre o enquadramento do sujeito para aplicar a sanção, submetendo-o à pena privativa de liberdade ou à medida de segurança, dificultando assim o enfrentamento das consequências desse grave transtorno de personalidade (SAVAZZONI, 2019, p. 166).

Embora a doutrina considere os psicopatas como semi-imputáveis, ainda permanece a dúvida se deveria ser aplicado pena privativa de liberdade ou medida de segurança; todavia, nenhuma das duas seria adequada (PRETE, PEREIRA e SILVA, 2016, p. 42-56).

Primeiramente, vale destacar que o atual sistema prisional, no Brasil, não possui infraestrutura para lidar com psicopatas e não consegue atender adequadamente o necessário cumprimento de pena pelo criminoso psicopata e, consequentemente, ao retornar à sociedade, este voltaria a praticar novos delitos (PRETE, PEREIRA e SILVA, 2016, p. 42-56).

Quanto à medida de segurança, também possui falhas, pois não há estabelecimentos preparados para receber psicopatas, uma vez que os tratamentos são para doentes e a psicopatia não é uma doença (PRETE, PEREIRA e SILVA, 2016, p. 42-56). E do ponto de vista psiquiátrico forense, não há especial tratamento curativo a ser imputado aos psicopatas,

não sendo, portanto, indicada a medida de segurança (TEITELBAUM, 2019, p. 110).

Sendo assim, diante do sistema de execução penal aplicado aos psicopatas, se faz necessário um tratamento especifico a esses criminosos quanto à pena privativa de liberdade, tendo em vista que os psicopatas não respondem à punição como as demais pessoas, o que torna mais difícil a sua reabilitação. Ainda, as penitenciarias não possuem estruturas adequadas para acolhimento e acompanhamento destes criminosos juntamente com os demais presos, pois estes vão criar, no ambiente prisional, os mesmos problemas que criam na sociedade, manipulando os demais detentos e perturbando o convívio carcerário, razão pela qual é necessária a implementação de política criminal especifica de cumprimento de pena para os psicopatas. (SAVAZZONI, 2019, p. 210-212).

SAVAZZONI (2019, p. 197-212) em sua obra, traz uma pesquisa de campo, realizada em 2016, que demonstra a necessidade de o encarceramento do psicopata ser afastado dos demais presos e cumprir sua pena em estabelecimento próprio com tratamento diferenciado. Sendo assim, com o objetivo de se criar uma infraestrutura diferenciada e um cumprimento especial de pena aos criminosos diagnosticados como psicopatas, trouxe as seguintes propostas, apresentadas a seguir.

De início, o ideal seria que fosse identificado o criminoso psicopata no curso da instrução por meio da instauração do incidente de insanidade mental ou exame criminológico. E considerando a dificuldade do diagnóstico da psicopatia, defende a utilização da escala PCL-R

(Psychopathy Checklist-Revised), juntamente com entrevista pessoal e com os familiares, bem como análise da ficha criminal, para assim poder identificar e aplicar tratamento diferenciado aos psicopatas (SAVAZZONI, 2019, p. 211).

Além disso, propõe uma alteração legislativa no art. 149 do CPP e nos artigos 8° e 112 da LEP, para que seja exigida a realização obrigatória de laudo por meio de incidente de insanidade mental ou exame criminológico para aqueles que apresentarem problemas comportamentais característicos de psicopatia. Ainda, nas devidas alterações, deve prever que o laudo de insanidade mental ou exame criminológico seja realizada por equipe técnica multidisciplinar, constituída por 02 psiquiatras, 01 psicólogo, 01 assistente social e 01 terapeuta ocupacional (SAVAZZONI, 2019, p. 213).

Outra alteração legislativa que a autora sugere é no art. 82 da LEP, para viabilizar ao preso psicopata o cumprimento de pena privativa de liberdade em estabelecimento distinto dos demais presos, em um espaço adequado e especificamente destinado a portadores deste transtorno e que neste local deverá ser realizado acompanhamento permanente por uma equipe multidisciplinar para avaliar o melhor momento para a sua reinserção na sociedade.

Aponta também que é necessário legislar sobre a equipe multidisciplinar que irá atuar nesses estabelecimentos destinados a psicopatas, pois estes irão acompanhar todo o tratamento terapêutico indicado, bem como na evolução do psicopata, avaliando o melhor

momento para autorizar ou não a sua reinserção no meio social, seja por meio das benesses legais ou por cumprimento integral de sua pena, garantindo assim a segurança e proteção da sociedade, uma vez que a maioria dos estudos demonstram uma grande probabilidade do psicopata reincidir criminalmente (SAVAZZONI, 2019, p. 213).

Desta forma, diante do exposto, podemos concluir que não se pode mais desconsiderar a necessidade de uma política criminal específica para os psicopatas, de modo que estes possam ter um tratamento específico e adequado para a sua reinserção na sociedade, garantindo ainda uma segurança e proteção à coletividade, uma vez que os criminosos psicopatas são responsáveis pelos crimes mais violentos.

4.3 Crimes Que Eclodiram Na Mídia, Praticados Por Supostos Indivíduos Psicopatas

4.3.1 Silvia Calabrese Lima

Silvia era empresária e, em 2008, foi condenada a quase 15 anos por torturar a garota Lucélia Rodrigues da Silva, na época com 12 anos. A polícia tomou conhecimento dos fatos após a denúncia de um vizinho e, ao chegar no prédio de Silvia, encontrou a criança que morava com ela acorrentada em uma escada, com os braços erguidos e com os pés mal tocando no chão, além de estar com a boca tampada por esparadrapo e dentro com um pedaço de fralda velha, para impedir a criança de gritar. A criança foi morar com Silvia, com a autorização de sua mãe para estudar,

todavia isso não aconteceu. Lucélia apresentava mutilações na língua, pois Silva a apertava com alicate; usava também o alicate para apertar os dedos das mãos; era torturada com pimenta nos olhos, boca e nariz; apresentava também marcas de ferro quente nas nádegas e na coxa. A criança passava dias amordaçada, tomava banho frio, dormia no chão da lavanderia, passava muito tempo sem comer ou então se alimentava com a ração do cachorro, fezes e urina do animal, bem como era submetida a afogamentos no tanque. Silvia dizia que as torturas eram formas de educar a criança (PERIN, 2008).

4.3.2 Francisco de Assis Pereira (Maníaco do parque)

Francisco estuprava e matava suas vítimas no Parque do Estado. Ele trabalhava como motoboy. Parava a sua moto próximo as estações e abordava mulheres de classes baixas, passando-se por caça-talentos, fazendo promessas de ensaios fotográficos, dinheiro e fama. Extrovertido, ele convencia as mulheres a subirem em sua garupa em direção ao Parque do Estado, localizado na Zona Sul de São Paulo, para realizar o ensaio fotográfico e, com isso, depois de humilhar, espancar e estuprar, estrangulava a vítima com um cadarço. Francisco estuprou e matou pelo menos dez mulheres no Parque do Estado. De janeiro a agosto de 1998, os corpos das moças foram encontrados posicionados de joelhos e com sinais de violência sexuais. Ele admitiu ter matado mais de 11 mulheres, entretanto, negou ter estuprado; afirmou que levava para matar e não para estuprar (PEREIRA, 2020).

3 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto no presente artigo, foi possível compreender que a psicopatia não se refere à doença mental, mas, sim, a um transtorno de personalidade, em que o indivíduo age por critério próprio. Seus comportamentos e escolhas são exercidas voluntariamente, uma vez que a psicopatia não altera a capacidade do agente, ou seja, os psicopatas não se alienam da realidade, possuindo assim total consciência do que estão fazendo.

Os psicopatas são indivíduos desprovidos de culpa, remorso e arrependimento; são seres frios, com ausência de sentimentos, incapazes de amar, e é por estas razões que os psicopatas podem vir a praticar os crimes mais desumanos, pois eles não vão se sentir culpados e, muito menos, achar que sua atitude foi errada.

Sendo assim, quanto à responsabilidade criminal do psicopata, insta salientar que a psicopatia não se trata de doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto; por esta razão, fica de plano afastada a inimputabilidade do psicopata, restando, portanto, enquadrar o psicopata como semi-imputavel ou imputável. Todavia, isso não é um tema pacificado no Direito Penal, inexistindo também legislação específica, assim, acaba ficando a critério do magistrado aferir a imputabilidade do psicopata mediante laudo pericial.

Dessa forma, existe uma divergência sobre a imputabilidade do criminoso psicopata: de um lado, os que defendem a semi-imputabilidade,

alegando que estes possuem uma perturbação mental que reduz a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. E do outro lado, os que defendem a imputabilidade, os quais garantem que o transtorno da personalidade não afeta a capacidade intelectiva e volitiva dos psicopatas, ou seja, compreendem as regras e são capazes de controlar o próprio comportamento. Portanto, correspondem aos padrões jurídicos de imputabilidade, podendo então serem responsabilizados criminalmente.

Todavia, embora haja essas divergências de opiniões, a posição doutrinária majoritária é no sentido de que a psicopatia configura uma perturbação da saúde metal e, portanto, enquadra-se como semi-imputável.

Entretanto, diante das divergências, neste presente artigo, o posicionamento é de que o psicopata deve ser considerado inteiramente capaz, ou seja, imputável, afastando-se assim as previsões do *caput* e parágrafo único do art. 26 do CP, tendo em vista que estes têm total capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ainda, pode-se concluir que não há uma uniformidade de tratamento para os psicopatas, podendo estes estar sujeitos a pena de prisão ou medida de segurança, ficando a critério do magistrado. Todavia, ficou demonstrado que as duas opções não seriam tão adequadas, uma vez que o atual sistema prisional no Brasil não possui infraestrutura para lidar com psicopatas e existem falhas quanto à medida de segurança, pois não há

estabelecimentos preparados para receber psicopatas, uma vez que os tratamentos são para doentes, e a psicopatia não é uma doença.

Por fim, ante ao que foi exposto, podemos concluir que não se pode mais desconsiderar a necessidade de uma política criminal específica para os psicopatas, de modo que estes possam ter um tratamento específico e adequado para a sua reinserção na sociedade, garantindo ainda uma segurança e proteção à coletividade, para evitar sua reincidência, uma vez que os criminosos psicopatas são responsáveis pelos crimes mais violentos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Michele. **Da imputabilidade do psicopata**. Disponível em: http://micheleabreu.jusbrasil.com.br/artigos/121944082/da-imputabilidade-do-psicopata. Acesso em: 5 jun. 2020.

AMERICAN Psychiatric Association. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais** [recurso eletrônico]**:** DSM-5. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento...et al; revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli...et al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 659. Disponível em: http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnosico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1 parte geral**: arts. 1º a 120. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

CASOY, Ilana. **Serial killer: louco ou cruel?**. 6. ed. São Paulo: Madras, 2004.

CID-10. Disponível em: http://www.medicinanet.com.br/cid10/1550/f60_transtornos_especificos_da_personalidade.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da imputabilidade no direito penal.** São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume. 19. ed. Niterói, Rj: Impetus, 2017. *E-book*.

HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013.

JARDIM, Afrânio Silva. Prefácio. In: TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia** – a máscara da justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado:** Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*.

PEREIRA, Joseane. Maníaco do parque, o sanguinário serial killer brasileiro. **Aventuras na História**, [*S. l.*], 16 jan. 2020. Disponível em: https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/maniaco-do-parque-o-sanguinario-serial-killer-brasileiro.phtml. Acesso em: 12 jun. 2020.

PERIN, Katia. **Mulher admite tortura. Diz que estava 'educando'**. [*S. l.*], 24 mar. 2008. Disponível em: https://veja.abril.com.br/brasil/mulher-admite-tortura-diz-que-estava-educando/. Acesso em: 12 jun. 2020.

PRETE, Camila Franco; PEREIRA, Cleumary Soletti; SILVA, Luciana Caetano da. Algumas reflexões sobre o psicopata e a medida de segurança. *In*: DIREITO e Democracia: estudos jurídicos integrados de Maringá em homenagem à Profª. Drª. Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão. Maringá: OAB - Subseção de Maringá: Gráfica Caniatti, 2016. cap. 3, p. 42 - 56.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.

SABINO, Thaís. Definir inimputabilidade é desafio para Direito Penal. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-jan-31/definir-inimputabilidade-reus-ainda-desafio-direito-penal. Acesso em 06 jun. 2020.

SANTOS, Bruna Gabriela Batista dos. **A inimputabilidade por doença mental**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/66379/a-inimputabilidade-por-doenca-mental. Acesso em: 31 maio 2020.

SAVAZZONI, Simone de Alcantara. **Psicopatas em conflito com a lei:** cumprimento diferenciado de pena. Curitiba: Juruá, 2019.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas - O Psicopata Mora ao Lado**. 1. ed. [*S. l.*]: Fontanar, 2010. p.32. Disponível em: http://lelivros.love/book/download-mentes-perigosas-o-psicopata-mora-ao-lado-ana-beatriz-barbosa-silva-em-epub-mobi-e-pdf/. Acesso em: 20 maio. 2020.

TEITELBAUM, Paulo Oscar. Transtorno de personalidade anti-social. In: SAVAZZONI, Simone de Alcantara. **Psicopatas em conflito com a lei:** cumprimento diferenciado de pena. Curitiba: Juruá, 2019.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

IV. ALIENAÇÃO PARENTAL

Alessa Rodrigues Sarri[1]
Débora Goeldner Pereira Oliveira[2]

RESUMO: Este artigo tem como objetivo pesquisar e estudar a Alienação Parental em relação à Constituição Federal, ao Código Civil e ao ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e também referente ao que se protege perante o Direito Familiar. Também tem como foco relacionar as áreas do Direito e da Psicologia, que trarão a melhor solução e abordagem para o problema que será levantado futuramente, pois, juntas e em harmonia, estas executam uma boa compreensão e discussão sobre o tema. Depois de se analisar e se entender brevemente as concepções da Alienação Parental nas áreas jurídica e psicológica, conseguiremos trazer a questão sobre as consequências da alienação e as vítimas que tendem por sua maioria a se tornarem futuramente jovens infratores.

PALAVRA-CHAVE: Alienação parental. Menores infratores. Opressão.

ABSTRACT: This article aims to research and study parental alienation in relation to the Federal Constitution, the Civil Code, ECA (status of children and adolescents) and also what is protected under Family Law. It also focuses on relating the area of law and psychology, which will bring a better solution and approach to the problem that will be raised in the future, together and in harmony they performed for a good understanding and discussion on the topic. After analyzing and understanding briefly the conceptions of parental alienation in the legal and psychological area, we will be able to raise the question about the consequences of alienation and the victims who mostly tend to become young offenders in the future.

KEY- WORDS: Parental alienation. Minor offenders. Oppression.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como foco principal analisar a relação entre os jovens infratores e a Alienação Parental, mais concretamente abordando

[1]Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Maringá. alessa.sarri@outlook.com.
[2] Professora Mestre da Faculdade Maringá. Advogada.

a área do Direito e da Psicologia em detrimento de uma análise ampla e comprovativa.

Esse artigo tem como objetivo o entendimento sobre a alienação parental e as consequências de sua aplicação. Está organizado duas partes. Na primeira, será trazido o esclarecimento sobre o que é o tema e quais são suas diretrizes. Já na segunda, com este esclarecimento melhor abordado, será relacionado o aspecto da infração e suas ligações, com uma solução para problemas que tenham origens parecidas.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, enriquecida com algumas entrevistas e artigos de estudiosos e pesquisadores da mesma área.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A família corresponde a um direito fundamental na vida de toda criança ou adolescente, todos possuem em seu crescimento uma influência na formação psicológica (em seus hábitos, costumes e suas opiniões). Ao se ferir esse direito que é garantido às pessoas logo após seu nascimento (não envolve o nascituro, pois está diretamente ligada a formação da identidade que só é possível após o nascimento), temos a Alienação Parental que, de acordo com a legislação (Lei 12.318, de 26-8-2010), é a ação de "interferência induzida por um de seus genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade", que afeta a relação entre o inimputável com seu genitor, com ações ou omissões de preceitos que deveriam ser garantidos.

Ao observar a Alienação Parental, Figueiredo e Alexandridis (2014, p.3) relatam que:

> Assim, enquanto os filhos forem menores, ou seja, não tenham atingido a capacidade civil plena, estarão sujeitos ao poder familiar que impõe aos pais os deveres, nos termos do art. 1.634 do Código Civil, de forma ampla a defesa de seus interesses, tanto sob o prisma da educação e criação, tendo-os para tanto em sua companhia e guarda.

E após, Figueiredo e Alexandridis (2014, p.3) seguem afirmando que:

> O exercício do poder familiar compete a ambos os pais o que se mostra perceptível quando a família está lastreada com base no casamento ou na união estável; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá de forma exclusiva, como ocorre na família monoparental.

Já Silva (2012, online) acrescenta que:

> Pode ser também instaurada por terceiros por algum motivo, como por exemplo, a avó, uma tia, um amigo (a) da família que dá conselhos sem razão, um profissional sem ética, como advogado, médico, assistente social, conselheiro tutelar.

De acordo com Dias (2010, online), os alienadores parentais detêm um comportamento específico dependente de várias situações, mas esta prática está presente principalmente naqueles que possuem baixa autoestima e comportamentos de dominância e manipulação. Além dessas características, também há a submissão do filho sobre o genitor ou sobre

seu guardião, o que traz uma maior facilidade de se impor e obrigar determinadas situações.

A Alienação Parental é algo que ocorre com bastante frequência no Brasil, porém por se tratar de um tema pessoal, pois envolve o direito da particularidade de cada família, e para que ocorra um envolvimento judicial, é necessário se obter uma cautela maior, já que é um pouco mais sensível que outras áreas de atuação do Direito. Como temos diversas formas de criação, raramente as pessoas se envolvem em assuntos ligados a tal área, o que enriquece e fortifica as raízes da alienação parental no Brasil.

2.1 Conceitos de Alienação Parental

De acordo com a legislação (Lei 12.318, 26-8-2010), são classificados como alienação os seguintes atos:

> I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
> II - dificultar o exercício da autoridade parental;
> III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
> IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
> V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
> VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
> VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

E em decorrência disso, surge como medida a ser tomada também pela legislação a Lei 12.318, de 26-8-2010:

> I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
> II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
> III - estipular multa ao alienador;
> IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
> V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
> VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
> VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Essa lei foi criada para se proteger um direito que, de acordo com a legislação, tem sua importância na formação psicológica dos futuros membros da sociedade. Pensando diretamente no futuro social das pessoas, como a alienação parental é familiar, o meio para se tentar "consertar" os danos causados ocorre por interferências psicológicas e judiciais para se reforçar e reconstruir o laço do genitor com a criança/adolescente.

Por esse motivo, as medidas que são estabelecidas pela lei não são feitas para se punir, mas, sim, para se preservar tanto a criança/adolescente (que está com sua formação psicológica em seu processo de formação), quanto o genitor (que apurado anteriormente, também possuí um motivo para se comportar de tal maneira. Não justificando seus atos, mas sim trazendo sua carência para os autos).

2.2 A História da Alienação Parental

A Alienação Parental está ligada diretamente a *PAS* (SAP em português, que significa síndrome da alienação parental). Esse aspecto foi abordado pelo doutrinador Richard Gardner em 1985, que ao estudar os princípios e o preceito da dignidade humana trouxe:

> A Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputa de custódias de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é explicável (1998, online).

Uma das grandes influências ou motivações para a prática dessa ação em uma criança/adolescente, fazendo (como aborda Gardner) uma lavagem cerebral, são os conflitos que ocorrem entre os genitores, sendo ocasionado ou por uma divergência de opiniões ou por uma separação emocional (envolvendo os sentimentos).

O divórcio é uma ação que vem se intensificando desde a década de 70, quando a autonomia do ser humano se tornou maior do que as imposições sociais da época. Essa liberdade é algo positivo, porém resultou no aumento da Alienação Parental, pois as separações normalmente ocorrem por conta de brigas que refletem na relação do genitor com a

criança. Os adultos, às vezes até de forma acidental, refletem seus sentimentos para a criança; então para que isso não se acabe em uma alienação, as relações deveriam ser terminadas de maneira mais branda e amigável, mas como envolve basicamente sentimentos, essa forma de se divorciar é improvável (e por esse motivo ocorre o aumento da alienação com o passar dos anos).

3 RELAÇÃO ENTRE A ALIENAÇÃO PARENTAL E OS FUTUROS INFRATORES

Diretamente ligado à frase "violência gera violência", os jovens infratores (em alguns casos) entendem, muitas vezes, que aquela ação, mesmo colocada como incorreta ou proibida, deve ser tomada ou feita, pois foi assim que lhes foi ensinado ou até mesmo demonstrado. O mesmo fato está presente na criança/adolescente que sofreu Alienação Parental na infância e não a teve reparada durante sua formação; assim, eles refletem aquilo que lhes foi ensinado ou até mesmo imposto.

> Estudos relatam que em um contexto escolar, os alunos indisciplinados e agressivos são de família que possuem problemas, e não conseguem educar o mesmo de forma adequada, mas ressalta que não pode generalizar que a família seja influência para tais atos, necessitando mais estudos e pesquisa para apontar tais fatores. (ARAUJO; 2004, online).

Para se acrescentar melhor entendimento, temos também a abordagem das psicólogas Andretta e Oliveira (2005, entrevista online) que declaram:

> A carência de afinidades afetuosas puras e de contribuição familiar, a influência do grupo, a agressão doméstica, antecedentes familiares dependentes químicos e baixa autoestima têm sido referidos como fatores de precipitação para uso e dependência de substâncias.

Existe sempre uma relação muito grande daquele que nos ensina a formação final de atitudes e decisões (opiniões). Como dito por Elis Regina, "nós ainda somos os mesmos e vivemos como nossos pais..." A medida de segurança/ sanção que é aplicada ao jovem infrator não deve ser amenizada por conta de uma criação conturbada, porém, ao se ter um histórico familiar mais detalhado, a adequação de um ensinamento mais específico e eficiente traz a esperança de que mais pessoas possam fazer parte novamente da vida social dentro das normas. A Alienação Parental modifica radicalmente os pensamentos dos que sofrem tal agressão, porém, não é algo impossível de ser modificado, uma vez que sempre é modificada a linha de raciocínio pelas influências externas.

3.1 O Psicológico do Alienado

Além da comprovada opressão de pensamentos que a alienação ocasiona, ela também pode ser um gatilho para dar início a outras formas de doenças mentais, como é relatado pela psicóloga Oliveira (2020, online):

> O filho que sofre com a alienação parental podem apresentar sintomas de depressão**,** ansiedade**,** enurese noturna, terror noturno, insônia**,** ansiedade de separação e mutismo seletivo. A situação estressante também poderá prejudicar o sistema imunológico da criança e levar ao desenvolvimento de outras doenças.

Também ressalta Oliveira (2020, online):

> Um pai, por exemplo, poderá tomar as dores da filha que foi traída e abandonada pelo marido. Ele poderá sentir-se traído igualmente e ficar frustrado, com raiva pelas atitudes do seu então genro. Mesmo sem perceber, poderá passar a falar mal do genro para os netos e isto constitui a alienação parental. Uma mãe, por exemplo, poderá sentir-se muito magoada e entristecida ao saber que a nora separou-se do seu filho e foi morar com outro homem. Isto poderá levá-la a difamar esta nora para os seus netos, o que também constitui alienação parental. Se a mãe ou o pai da criança passar a difamar seus avós, tios ou primos durante o processo de separação, isto também constitui alienação parental, pois esta é uma tentativa de afastar a criança dos seus familiares paternos ou maternos. Portanto, tanto o emocional quanto o organismo da criança ficarão prejudicados, o que certamente afetará seu desenvolvimento biopsicossocial.

Portanto, essa manipulação que ocorre sobre a formação psicológica pode ocasionar não somente um distúrbio, mas também outras doenças que não estejam completamente ligadas às funções psicológicas de seu desenvolvimento; há casos em que essa pressão é muito forte e que não é possível se focar em uma única área do corpo. E como se fosse uma fuga, se espalha para outros lugares como reflexo (de acordo com a psicóloga, nosso corpo está todo ligado e é comandado pelo cérebro; quando lesionamos a parte que controla as outras, ele, no intuito de se proteger, redireciona essa dor para que o seu dano seja amenizado).

O psicológico da criança não é o único aspecto que acaba sendo alterado; o que pratica a alienação também se encontra com o psicológico

instável, mas não é abordado por ser melhor formado e não ter outros danos mais permanentes como ocorre com as crianças/adolescentes, por isso que, ao invés de ser aplicada uma sanção (pois fere um direito fundamental), opta-se por uma medida de reabilitação (as duas partes estão lesionadas).

3.2 Diferenças de Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental

A Alienação Parental e a Síndrome de Alienação Parental (SAP) se diferem em pontos bem específicos que, de certa forma, podem chegar até a se confundir. De acordo com Richard Gardner (1998, p.148):

> A Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputa de custódias de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é explicável.

Já a Alienação Parental tem sua formação especificada na lei 12.318 (26-8-2010), entendendo que a SAP se encontra dentro do ato de se alienar, mas tem uma área mais específica, porém muito recorrente durante muitos anos e foi a primeira a ser observada por psiquiatras, como Gardner, por conta do grande aumento de casos nas décadas de sessenta a noventa.

Segundo o psiquiatra, isso é ocasionado pelo aumento de divórcios, como ele afirma na primeira página de seu livro (1998, p.1):

> Os profissionais de saúde mental, os advogados do direito de família e os juízes geralmente concordam em que temos visto, nos últimos anos, um transtorno no qual um genitor aliena a criança contra o outro genitor. Esse problema é especialmente comum no contexto de disputas de custódia de crianças, onde tal programação permite ao genitor alienante ganhar força no tribunal para alavancar.

Portanto, a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental se diferenciam por conta de uma estar diretamente ligada a um fato, o divórcio. Já a alienação em si pode ser caracterizada por várias outras formas. A SAP está dentro da alienação parental.

3.3 Por Que a Vítima se Torna um Infrator?

Por conta de ser feita por quem é considerada uma influência de conduta para uma criança ou para um adolescente, há um grande reflexo de conduta e o jovem passa a agir como ou pior do que aquele que lhe ensinou. Podemos nos embasar em Skinner (1953, online):

> Um dos fatores que interferem diretamente no desenvolvimento psicológico da criança e do adolescente é a maneira que ele é educado no ambiente familiar. A punição é um ingrediente comum entre as técnicas de educação e objetiva reduzir a frequência de um determinado comportamento. No entanto, em longo prazo, a punição funciona com desvantagem tanto para o indivíduo punido quanto para o agente punidor.

A punição que acaba sendo refletida sobre o inimputável, pode impulsionar um gatilho (positivo ou negativo) na mente que, se aplicada em uma força de revolta, acaba causando uma tentativa de punir a sociedade a sua volta com o intuito de descontar essa dor que está pressionando dentro de seus sentimentos, e a maneira de ferir a sociedade de uma maneira mais capacitada e ferindo seus preceitos e sua lei.

3.4 Relação entre a Psicologia e a Legislação na Prevenção Da Alienação Parental e do Jovem Infrator

A psicologia está totalmente vinculada à alienação pelo fato desse tema, em específico, estar a uma coerção psicológica que fere um direito muito particular e muito envolvente ao sentimento, como afirma Moreira (2014, online):

> O estudo da psicologia no contexto do direito não se restringe exclusivamente ao comportamento de uma doença mental e com as causas da criminalidade, mas sim com o estudo das relações psicossociais enquanto fatores existentes e influentes na realidade social inerente a qualquer processo e espaço jurídico.

Serafim (2012, p.12) traz como exemplo como se deve abordar:

> Percorre a análise e interpretação da complexidade emocional, da estrutura de personalidade as relações familiares e a repercussão desses aspectos na interação do indivíduo com o ambiente.

As medidas que são propostas pela legislação (abordada no início) são formas de maior interação social e reabilitação, focada mais na estabilidade psicológica**.** O crime ou o ato infracional cometido por aquele

que sofreu ou sofre a alienação não deve ser esquecido. Porém, ao se saber o que motivou o ato que está em desacordo com a legislação, se obtém uma base para se iniciar a reabilitação ao ponto que, se bem abordada ou trabalhada (na liderança de especialistas no assunto, e pessoas que tenham passado pelo mesmo problema e tenham superado, para que elas possam ser utilizadas como exemplos de atos positivos, de superação, e de esperança), para que como resultado final se obtenha um jovem que entende que errou, mas que está disposto a mudar sua concepção para a boa convivência social.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Alienação Parental é considerado um tema um pouco mais sensível, já que está presente no direito familiar; essa ação que é praticada a partir de um adulto sobre uma criança tem fortes consequências a longo prazo, e pode trazer tanto doenças psicológicas, quanto se evoluir para doenças que são impulsionadas por crises nervosas (gastrite, úlcera e etc.).

Depois de analisarmos os preceitos básicos compostos na lei, conseguimos evoluir a dúvida sobre o que ocorre com as crianças/adolescentes que sofrem alienação, porém não são amparadas para uma medida reabilitativa. De acordo com o que pudemos concluir com os psicólogos, advogados e doutrinadores voltados para a área, muitos desses inimputáveis possuem sua capacidade de tomar decisões comprometida, o que pode lhes transformar em um infrator (pois além de doenças, a também o sentimento de ódio, rancor e vingança).

Existem muitos jovens infratores que são frutos de uma ação de alienação, porém o seu ato contra a legislação não deve ser esquecido, mas, sim, corrigido, para que esses jovens consigam retornar à sociedade com sua visão distorcida e seu sentimento de ódio amparado e substituído por uma aceitação de sua condição e motivação e se reestabelecer na sociedade. Essa forma de "reabilitação" é aplicada aos jovens pelo fato de ser mais fácil e possuir melhor resultado a tentativa de se mudar um pensamento jovem, ao invés de um pensamento de um adulto, que já passou muitos anos vivendo desta mesma maneira, e já não possuem vontade ou até mesmo capacidade para se reabilitar.

REFERÊNCIAS

CASCAES, Neide; PEREIRA, Monalisa da Silva. **Síndrome da Alienação Parental como Fator de Risco Para o Surgimento da Depressão Infantil.** Disponível em: https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/3989/tcc%20monalisa.pdf?sequence=7&isAllowed=y Acesso em: out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol.2 Teoria Geral das Obrigações.** Disponível em: https://www.academia.edu/26463694/Maria_Helena_Diniz_Curso_de_Direito_Civil_Brasileiro_Vol_2_Teoria_Geral_das_Obriga%C3%A7%C3%B5es_2007_ Acesso em: out. 2020.

FALEIRO, Emanuela. **Abordagem psicológica do Menor Infrator.** Disponível em: https://www.webartigos.com/artigos/abordagem-psicologica-do-menor-infrator/132520/ Acesso em: out. 2020.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental.** Disponível em:

https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581091 Acesso em: out. 2020.

FERREIRA, Raiane da Silva. **Alienação Parental e Seus Efeitos Sociais.** Disponível em: http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1487/1/Monografia%20-%20Raiane%20da%20Silva%20Ferreira.pdf Acesso em: out. 2020.

GARDNER, Richard. **In Pursuit of World Order.** Disponível em: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1965_num_17_2_14239 Acesso em: out. 2020.

LIMA, Edna Fernandes da Rocha. **Alienação Parental e a Atuação do Assistente Social para o seu Enfretamento.** Disponível em: https://www.eas.pt/wp-content/uploads/2014/02/Aliena%C3%A7%C3%A3o-parental-e-a-atua%C3%A7%C3%A3o-do-assistente-social-para-o-seu-enfretamento.pdf Acesso em: out. 2020.

LEI N° 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm Acesso em: out. 2020.

LOBO, Hewdy**. Quais as consequências psicológicas da Alienação Parental?.** Disponível em: https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/346714851/quais-as-consequencias-psicologicas-da-alienacao-parental Acesso em: out. 2020.

MATICHEN, Andressa; FREITAS, Dayane Rodrigues; AZEVEDO,Jean Carlos Moreira; BOAS, Leticia Kauana Vilas; LUIZ, Thays Cristhiane. **Atuação do Psicólogo Jurídico e as Possibilidades de Intervenção Junto ao Menor Infrator.** Disponível em: https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/atuacao-do-psicologo-juridico-e-as-possibilidades-de-intervencoes-junto-ao-menor-infrator Acesso em: out. 2020.

MOREIRA, Marina. **Síndrome da Alienação Parental: o direito e a psicologia.** Disponível em:

https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8794/Sindrome-da-alienacao-parental-o-direito-e-a-psicologia Acesso em: out. 2020.

NAZARETH, Yuri Carvalho. **A Evolução do Conceito de Alienação Parental.** Disponível em: https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/36146/a-evolucao-do-conceito-de-alienacao-parental Acesso em: out. 2020.

NETO, Álvaro de O. Azevedo; QUEIROZ, Maria Emilia M. de Oliveira; CALÇADA, Andreia. **Alienação Parental e Família Contemporânea: Um Estudo Psicossocial.** Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alienacao_parental/alienacao_parental_e_familia_contemporanea_vol2.pdf Acesso em: out. 2020.

PINHEIRO. **Conceito de Alienação Parental (lei e consequências).** Disponível em: http://advocaciapinheiro.adv.br/alienacao-parental-conceito-lei/ Acesso em: out. 2020.

PINTO, Felipe Gaspar. **Alienação parental: o que é, lei, é crime? Saiba o que fazer.** Disponível em: https://minutosaudavel.com.br/alienacao-parental/#consequencias Acesso em: out. 2020.

RIBEIRO, Ana Paula Pires. **Alienação Parental: Suas Origens e Consequências.** Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=20021#:~:text=A%20s%C3%ADndrome%20da%20aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental%20(SAP)%2C%20tamb%C3%A9m%20%C3%A9%20conhecida,m%C3%A9dico%20psiquiatra%20americano%20Richard%20Gardner.&text=%E2%80%9CA%20S%C3%ADndrome%20da%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Parental,disputa%20de%20cust%C3%B3dias%20de%20crian%C3%A7as. Acesso em: out. 2020.

SERAFIM, Antonio de Pádua; SAFFI, Fabiana. **Psicologia e Práticas Forenses.** São Paulo: Manole, 2012. Disponível em: https://www.orelhadelivro.com.br/livros/80130/psicologia-e-praticas-forenses/ Acesso em: out. 2020.

SOARES, Gilbert Romer; MENDES, Delza Ferreira. **A Atuação do Psicólogo com Adolescentes em Medida Socioeducativas.** Disponível em: https://www.academia.edu/29747487/A_atua%C3%A7%C3%A3o_do_psic%C3%B3logo_com_adolescentes_infratores_em_medida_socioeducativas Acesso em: out. 2020.

SOARES, Jucelino Oliveira; Filho, Francisco de Moraes Alencar. **Alienação Parental.** Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/CARTILHA-ALIENA%C3%87%C3%83O-PARENTAL.pdf Acesso em: out. 2020.

SOUSA, Analicia Martins. **Síndrome da Alienação Parental: análise de um tema em evidência.** Disponível em: https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-142904/sindrome-da-alienacao-parental--analise-de-um-tema-em-evidencia Acesso em: out. 2020.

TUCHLINSKI, Camila. **Alienação Parental: entenda o que é, como provar e qual a pena para quem cometer o crime.** Disponível em: https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/comportamento/alienacao-parental-entenda-o-que-e-como-provar-e-qual-a-pena-para-quem-cometer-o-crime,2844c13b01afe70cd21c0e0d3059b05281murywa.html Acesso em: out. 2020.

V. AS STARTUPS E OS CONTRATOS PARA INVESTIDOR-ANJO: CLÁUSULAS E COMPONENTES CONTRATUAIS

João Marcos Mariani Junior[1]
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa[2]

RESUMO: O presente estudo busca analisar os modelos de negócios conhecidos como startups, modelo de negócio decorrente das transformações tecnológicas do século XX e início do século XXI. Entende-se por startups modelos negócios de alto risco, ligados a inovações tecnológicas, com grande potencial de mercado, com o objetivo de suprir uma carência, iniciando-se sem saber qual será o seu nicho mercadológico. Todavia, este modelo conta com um formato diferenciado de investimento; diferente das chamadas empresas convencionais, as startups buscam seus investidores a partir dos Investidores-anjo, que aportam além do dinheiro, sua experiência para que a startup possa obter êxito. Para tal forma de investimento, a Lei Complementar 155/2016 inova sobre estes formatos de investimento.

PALAVRAS-CHAVE: Startups, Investidor-anjo, Contratos, Lei155/2016.

ABSCTRACT: This study seeks to analyze the business models known as startups, a business model resulting from the technological transformations of the 20th century and the beginning of the 21st century. Startups are understood as high-risk business models, linked to technological innovations, with great market potential, with the objective of meeting a need starting without knowing what their market niche will be. However, this model has a differentiated investment format, different from conventional calls, as startups seek their own from Angel Investors investors, who contribute beyond money, their experience so that a startup can be successful. For such form of investment, Complementary Law 155/2016 innovates on these investment formats.

KEYWORDS: Startups, Angel Investor, Contracts, Law155/2016.

1. INTRODUÇÃO

---

[1] Acadêmico do curso de Direito – Faculdade Maringá; Especialista em Docência no Ensino Superior – Unicesumar; Graduado em História – Universidade Estadual de Maringá.
[2] Mestre em Direito. Professor. Advogado.

O espírito empreendedor faz parte da natureza humana desde os seus primórdios. A necessidade de transformar o mundo que o cerca, facilitando a sua vida e revolucionando a sua história, são inerentes ao homem. A história humana demonstra estas relações, desde a invenção da roda, para facilitar a locomoção e transporte, até mesmo ao mundo da industrialização no século XVIII, promovendo a produção em massa e, por consequência, a geração de maior conforto e acesso a produtos.

O homem ainda, no tempo presente, continua a inovar, os anos de 1990 marcam o período do universo ".com", a grande revolução da internet. Da rede internacional de comunicação, emergiram novas formas de empreender e, por consequência, novas formas de investir. De acordo com Feigelson (2018), é no final do século XX, início do século XXI, que passa a se destacar uma nova modalidade de negócio, com destaques na econômica e mundo corporativo, as *startups*.

A inovação deste novo modelo de negócio nos emerge à segunda metade da década de 1990, mesmo período em que se tem a consolidação da internet (FEIGELSON, 2018). O termo *startup* passou a ser utilizado entre os anos de 1996 e 2001, conhecido como o período da "bolha da internet", a partir das empresas de tecnologias do Vale do Silício e da utilização da internet (LIGA INSIGHT, c2020).

A ideia de *startups* traz consigo a ideia de um mercado revolucionário, uma nova forma de fazer e propor negócios; todavia, é necessário compreender a etimologia e origem desta nova formatação de negócio, sem que esta possa ser confundida ou ser exclusivamente ligada à internet.

2. O QUE SÃO STARTUPS

O termo *startup* é complexo quanto a sua definição, não trazendo uma unanimidade. A lição de FEIGELSON (2018, n.p., *Apud REIS*, 2012) define que "startup é uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza". De acordo com o site, "Liga Insights", página da internet especializada em empresas do segmento, "uma startup é uma organização em sua fase inicial, que possui uma proposta de negócio inovadora e um modelo que pode ser replicado e escalado para alcançar um mercado e resolver um problema de público específico." (LIGA INSIGHT, c 2020).

A tradução literal da palavra que advém de "partida ou começar" (VIEIRA, 2017) tem em seu cerne a questão da inovação. Apesar das startups estarem vinculadas ao tempo contemporâneo da internet, de acordo com Ries (2012), o termo não é vinculado à empresas ou tecnologias. A associação do termo quesito das tecnologias digitais se dá pelo período em que estas empresas promoveram seu desenvolvimento e, por consequência, a notoriedade no mercado, ocorrerem no período do alavancar da internet, associando assim os termos:

> Além de entendermos o que é startup, é importante saber quando este termo começou a ser utilizado. No período conhecido como "bolha da internet", entre 1996 e 2001, muitas empresas e projetos envolvendo a internet e as novas tecnologias foram criados no Vale do Silício. Assim, as ideias que tinham potencial para se transformarem em empresas receberam este nome. (LIGA INSIGHT, c2020).

O modelo de negócio startup é entendido, de fato, como empresa; todavia, é uma modalidade de empresa com suas particularidades. De acordo com Barbosa (2020), startup é uma empresa “diferente”, e que está em seu período inicial, ainda sem um plano de negócio ou produto definido. A definição de Bicudo (2016) apresenta startup como “uma empresa jovem com um modelo de negócios repetível e escalável, em um cenário de incertezas e soluções a serem desenvolvidas”.

Desta forma, entende-se que startups são instituições ou organizações negociais em estágio inicial, associados a tecnologias, que ganharam notoriedade com o surgimento da internet.

2.1 Características das Startups

Uma determinada empresa, em sua fase de nascimento, pode ser vista como uma empresa “clássica”, pois esta já traz seu segmento e área de atuação muito bem delimitados, como um plano de negócio, público e mercado consumidor específicos. Para as startups, esta formatação acaba por não se enquadrar, pois ela nasce sem um produto específico delimitado, tentado suprimir alguma carência mercadológica, ainda que não se saiba se este modelo de negócio virá a dar certo.

De acordo com Barbosa (2020), existem algumas diferenças primordiais entre um modelo de negócio clássico e uma startup. Para o autor, as principais diferenças podem ser elencadas como: 1) a possibilidade de crescimento das startups podem ser maiores, pois são projetadas para vendas maiores e, por consequência, são ligadas à tecnologia e funcionamento *online*; 2) a forma de financiamento de startups

serem diferentes do convencional, uma vez que contam com investidores-anjo (um tema que será discutido adiante) e companhias de investimentos de risco; 3) estratégia final de negócio, uma vez em que a startup pensa na saída como forma de fundi-la a uma empresa maior, trazendo formas de recapitalizar, recompensar, os investidores.

Para Feigelson (2018), as características de uma startup vão além dos três formatos anteriores apresentados. O autor destaca as principais características de uma startup: 1) encontrar-se em estágio inicial de desenvolvimento; 2) possuir um perfil inovador, movido pelo ímpeto de venda de ideia inovadora; 3) controle de gastos, diminuindo os custos, se utilizando das habilidades dos fundadores; 4) operacionalização a partir do produto mínimo viável, uma validação do negócio, conhecendo-o, utilizando o mínimo possível de capital; 5) produto ou ideia comercializável de forma escalável, entregar o mesmo produto de forma quase ilimitada; 6) necessidade de investimento de capital externo, o aparecimento de um investidor (no caso, como destacaremos adiante, o investidor-anjo), que vai disponibilizar mais que o capital, participando da realidade da empresa; 7) utilização de tecnologia para o modelo de negócios.

A partir da breve explicação, entende-se que as startups fogem do modelo convencional de negócios, não apenas por não terem o seu nicho de atuação bem definido, mas também pela sua modalidade de negócio estar elencada em uma realidade de riscos, que não garante o sucesso do modelo negocial. Nesta perspectiva, os termos contratuais são essências na segurança jurídica destas empresas.

2.2 O surgimento da Startup e as questões jurídicas

É valido destacar que as startups são empresas que, geralmente, estão ligadas à questões de tecnologias (o que necessariamente não a liga, diretamente a empresas de internet em si). Logo, entende-se que as startups são empresas que se diferem do modelo tradicional de negócios, consequentemente, de suas ações burocráticas também. Desta forma, as startups vão necessitar de uma adequação a um modelo mais dinâmico, menos burocrático, que venha a suprir esse novo modelo negocial.

É imensurável a importância jurídica na criação de uma empresa, a sua formatação e o seu contrato. A questão contratual funciona como o coração e alma dos rumos que uma empresa venha a tomar, delimitando quem são seus sócios, qual a função de cada um, e claro, delimitando os ganhos e lucros de cada sócio, algo que pode vir a gerar, causar, divergências. Aponta Vieira (2017) em seu estudo "afinal, quem não empreende pensando em alcançar o êxito profissional financeiro?".

Com o sucesso financeiro, os conflitos entre os sócios podem vir a aparecer, e se as cláusulas do que compete a cada um dos sócios ou investidores não forem bem demarcadas, logo, tais questões poderão ter como consequências até mesmo o fechamento de empresas:

> [...] um estudo realizado pela Aceleradora Startup Farm apontou que as principais causas de fechamento das startups brasileiras são os conflitos entre os sócios e o desnivelamento entre os interesses de mercado e as propostas de valores das empresas. (VIEIRA, 2017, p.38).

Percebe-se que os sócios acabam por não dar a devida importância aos documentos legais que são necessários para o funcionamento da empresa; utilizam modelos genéricos de Contratos ou Estatutos Sociais que não atendem as demandas do que de fato necessitam, causando conflitos quando é necessário a eles recorrerem. (VIEIRA, 2017).

Para que tais conflitos não venham a ocorrer, Vieira (2017) e Feigelson (2020), estudiosos das questões jurídicas das startups, apontam alguns passos a passos sobre quais documentos são necessários para a constituição da empresa e investimentos em uma startup.

2.2.1. Contrato social e estatuto social

A maioria das sociedades tem o Contrato ou Estatuto Social como seu norteador, regulam a função da empresa, sócios, relações e até a questão de contas. Para cada qual formato de empresa a ser aberta, existe um tipo de constituição adequada; todas elas dispostas no Código Civil brasileiro.

No que tange as relações contratuais, os contratos devem ser permeados e norteados por princípios, como nos tange o princípio da autonomia privada negocial, no qual se verifica que, no Direito Privado, as partes gozam de autonomia para regular seus contratos, demonstrando suas vontades. (GAGLIANO, FILHO, 2020).

Tal princípio visto acima não deixa de se ligar a outro princípio de forma bastante clara e direta, o princípio da boa-fé, que além de princípio defendido por Azevedo (2019, n.p.), como o princípio que deve “antes de tudo, mencionado, pois ele assegura o acolhimento do que é lícito

e a repulsa ao ilícito", é regulado também no artigo 422, do Código Civil brasileiro.

O Código Civil brasileiro delibera sobre no artigo 997 e seus incisos os requisitos para a sua constituição, e que, uma vez seguidos, na principiologia contratual, os sócios ficam livres para decidir sobre seus componentes. Nele se destaca o inciso IV, que determina sobre cotas, sobre como será disposta a cada sócio e o modo de realizá-la. Sobre tal assunto:

> O *cap table* ou *capitalization table*é uma ferramenta muito utilizada pelas startups organizadas em forma de sociedade que facilitam a visualização da estrutura societária ou acionista do negócio. Basicamente, o *cap table* organiza os sócios/acionistas em uma tabela, de acordo com a sua participação empresarial. Com isso, facilita-se a visualização dos quóruns necessários para a tomada de decisões do negócio, e quais as consequências de tais decisões para cada um dos sócios. (VIEIRA, 2017, p. 40)

Uma vez em que os modelos contratuais são bem delimitados, os sócios passam a liberdade para o deliberar sobre os demais assuntos, como divisões de perdas e lucros, venda da participação no capital social, entre outros (VIEIRA, 2017). É importante destacar que as cláusulas particulares devem estar adequadas ao regimento do tipo de empresa.

O contrato social acaba por viabilizar uma segurança jurídica à empresa, seus sócios, uma vez que ficam estabelecidos a função de cada um e o regramento da empresa.

Por sua vez, os Estatutos Sociais não apresentam seus requisitos em lei sumarizada. As partes, neste caso, devem elaborar seus Estatutos

observando leis específicas que regulam cada tipo de sociedade, com seus requisitos assim específicos (VIEIRA, 2017).

É fundamental que os modelos negociais de startups definam um modelo norteador, seja por contrato social ou por estatuto social, deixando claro as cláusulas do negócio, de tal forma, se dando uma maior garantia jurídica para que, adiante, se minimizem os conflitos.

2.2.2. O acordo entre acionistas, Term Sheet e Confidencialidade

É fato que nas relações negociais, todos os detalhes, todos os cabimentos a cada parte devem ser demarcados. Tal questão deve ser feita para evitar discussões que desgastem o negócio ou mesmo evitar conflitos que não venham a ter necessidade.

Desta maneira, surgem os acordos entre acionistas, protocolos de intenção (*term sheet*), memorandos, que são alguns dos nomes utilizados para tais documentos, destacando Vieira (2017), para quem, cada nomenclatura variará de acordo com a sua utilização.

De forma prática, a utilização dos documentos é um delimitador de regras, comportamentos e intenções, em especial, quando se envolve a questão da abertura de informações e que possam causar vazamentos (VIEIRA, 2017). Ocorre na prática para a questão da *term sheet* ou carta de intenção, que objetiva o estabelecimento de premissas na elaboração do contrato de investimento a ser celebrado (FEIGELSON, 2020).

Neste contrato preliminar é que irão se apresentar as cláusulas que constarão no contrato para o investimento, como as etapas do negócio, obrigações, sanções e penalizações. Destaca Feilgelson (2018) que o

contrato de *term sheet* é apresentado pelo investidor e que necessita do aceite do empreendedor, pois este termo não tem um caráter contratual de fato; para que este ganhe o caráter obrigacional, é primordial que as partes venham a assinar tal documento contratual. O *term sheet* se apresenta como um caráter de contrato preliminar, tendo como fundamentos:

> Uma expectativa de direito e, portanto, as negociações acerca do investimento somente podem ser interrompidas no caso da existência ou ocorrência de um evento imprevisto que efetivamente inviabilize o interesse financeiro no negócio (comumente denominado de material adverse effect). (FEIGELSON, 2018, n.p).

Isso porque tal dispositivo é orientado pelos princípios contratuais, dentre eles, o princípio da boa-fé, inserido ainda nesta fase pré-contratual. Como se criou uma expectativa, tal processo só pode ser interrompido, "mediante a uma justificativa plausível, exceto nos casos em que essa questão estiver expressa e claramente descrita no documento." (FEIGELSON, 2018, n.p.).

Tais delimitadores contratuais, amparados no princípio da boa-fé, servem de norteadores para as relações entre o investidor e o empreendedor, garantindo segurança a ambas partes.

3. DOS CONTRATOS

A partir de uma ideia de senso comum, se tem a noção errônea de que contrato é necessariamente um documento escrito que dispõe sobre uma relação. Todavia, o Direito e, sobretudo sua doutrina, apresentam noções do que viria a ser contrato. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves

(2020, n.p.), contrato é “a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido as múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico.”

Os contratos são disciplinados pelo Código Civil Brasileiro de 2002 na seguinte forma: Título V – Dos Contratos em Geral; e Título VI – Das Várias Espécies de Contratos (BRASIL, 2002). Sob a lição de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, a doutrina define o contrato como:

> [...] negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo autonomia das suas próprias vontades. (GAGLIANO; FILHO, 2020, n.p.).

O contrato então abandona a perspectiva de senso comum, e à luz do Direito, passa a ser entendido como uma manifestação de vontades. Da doutrina apresentada por Carlos Roberto Gonçalves, a classificação sobre contratos nos diz: “O contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral.” (GONÇALVES, 2020, n.p.). Ainda, na lição de GAGLIANO e FILHO (2020, n.p.), o contrato é “querer humano” e não havendo este querer, não há contrato.

Como ocorre com outras formatações e negócios jurídicos, o contrato exige que, para sua existência legal, elementos fundamentais que constituiriam sua validade (GONÇALVES, 2020). Os contratos são

compostos por requisitos subjetivos, objetivos e formais e orientados por princípios que validam a efetividade.

3.1. Os Requisitos Contratuais

Ao se discutir os requisitos de validade contratuais, Gonçalvez (2020) define os requisitos subjetivos como: a) manifestação de duas de ou mais vontades e capacidade genérica dos contratantes; b) na aptidão específica para contratar; c) no consentimento.

Para Gagliano e Filho (2020), “a essência do negócio jurídico é a manifestação de vontade”; sem vontade, não há negócio e, por consequência, não haverá a discussão sobre contrato. Cumprido o requisito da manifestação de vontade, é necessário verificar a aptidão para contratar, verificar se o agente tem a capacidade de contratar, assim como dispõe o artigo 104 do Código Civil, em seu inciso I: “Art. 104 – A validade do negócio jurídico requer: I – Agente Capaz.” (BRASIL, 2002).

Por final, nos requisitos subjetivos, discute-se a questão do consentimento. De acordo com a doutrina, “o consentimento deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude.” (GONÇALVES, 2020, n.p.).

Dos requisitos objetivos, fala-se a respeito dos objetos do contrato. O artigo 104 do Código Civil dispõe, no seu inciso II, que dos objetos do contrato, deve ser o “objeto lícito, possível, determinado ou determinável” (BRASIL, 2002). Não atendendo a estes requisitos, o negócio jurídico, por sua vez, o contrato, perde a validade. Da mesma

forma, o inciso II aponta que o objeto do negócio jurídico, por sua vez, do contrato, deve ser possível e também determinável.

Por fim, discutimos a forma, que é o meio que se tem a revelação de vontade. De acordo com Gonçalves (2020), essa forma de validação pode se dar no âmbito do *consensualismo* ou decorrer do *formalismo*. Na lição doutrinária de Gagliano e Filho (2020, n.p.), expressa que "no direito positivo brasileiro, por expressa determinação legal, consagrou-se o princípio da *liberdade da forma*", assim também disposto no artigo 107 do Código Civil. Sobre tal forma livre, bastante comum em sua amplitude em nosso ordenamento jurídico, exemplifica-se:

> Assim, a caneta que o colega empresta ao outro na sala (contrato de comodato), o ônibus que o cidadão toma, parando-o com um simples gesto (contrato de transporte), o seguro que pactuamos até mesmo por telefone (contrato de seguro), o CD que trocamos com um amigo (contrato de troca), o anel de compromisso que compramos para nossa namorada (contrato de compra e venda), e até mesmo o romântico gesto de presenteá-la com esse "mimo", em um jantar à luz de velas, é claro, traduz um negócio jurídico contratual (contrato de doação). (GAGLIANO; FILHO, 2020, n.p.).

Por contrapartida, o ordenamento jurídico brasileiro, também nos aponta a forma *solene* ou também chamada de *especial*, não sendo esta a regra em nosso Código Civil, de acordo com GONÇALVES (2020, n.p.), "é a exigida pela lei, como requisito de validade de determinados negócios jurídicos". A sua forma visa garantir a autenticidade do negócio jurídico.

Percebe-se que o contrato deve atender a uma série de requisitos para que se tenha a sua validade. Os contratos, por objetivo, também apresentam a busca da segurança jurídica para aqueles que firmam negócios jurídicos, garantindo assim, não somente às partes, mas também para terceiros, a sua eficiente, sem que ofenda os interesses pessoais.

4. O INVESTIDOR-ANJO

Uma das inovações da modalidade de negócio das startups é o aparecimento de um novo formato de investidor, o investidor-anjo. De uma forma genérica, o investidor-anjo é alguém que investe seu capital e trabalho em uma empresa, em troca de um percentual dos lucros proporcionados pela startup.

De acordo com Spina (2020), o termo investidor-anjo é originário dos Estados Unidos (angel-investor), do século XX, como investidores que bancavam os custos de peças da Broadway, participando tanto de lucros, quanto dos riscos de não lucratividade. De acordo com o autor, o termo ainda sofrera uma evolução:

> O conceito evoluiu para o investimento efetuado por pessoas físicas, normalmente profissionais ou empresários bem sucedidos, em empresas iniciantes (as *startups*), fornecendo não somente capital financeiro, mas também intelectual, apoiando o empreendedor com sua experiência e conhecimento. Por isso, ficou conhecido como *Smart-Money*. (SPINA, 2020, *on-line*).

O investidor-anjo também é visto como um empreendedor possuidor de um alto patrimônio líquido, investindo seu capital em

empreendimentos de altos riscos, que apresentam, da mesma forma, um retorno potencial (FEIGELSON, 2020). Todavia, ainda de acordo com o autor, o investidor-anjo não dispõe apenas de seu capital, mas também de sua experiência, papel este que não se manifesta em um formato de empresa tradicional.

> Uma diferença encontrada entre o investidor tradicional e o investidor-anjo é o grau de relacionamento que estes possuem com as empresas investidas e os próprios empreendedores: enquanto o primeiro relaciona-se com o investido de maneira exclusivamente financeira, o segundo possui um papel de orientador e apoiador do negócio, que extrapola o parâmetro de simples auxílio financeiro. (FEIGELSON, 2020, *apud. Spina, 2015*).

Assim, é passível o entendimento de que o investidor-anjo não é apenas um investidor movido pelo interesse financeiro, pois este dispõe, além de seu capital, também de seu trabalho, orientação, experiência e contatos. Este investidor é movido também pelo desafio, é como uma espécie de mentor que, por seu capital financeiro e capital intelectual, ajuda no promover do desenvolvimento do novo negócio, trazendo maior confiabilidade ao empreendimento e, por consequência, novos investidores.

O investidor-anjo se enquadrará em sociedade de conta de participação. Tal modelo é visto por VIDO (2019), em concordância com Sérgio Campinho, como não uma sociedade, mas como um contrato associativo ou de participação.

4.1. O Contrato do investidor-anjo

O investidor-anjo participará no modelo societário, a partir do contrato de sócio em conta de participação. De acordo com Tomazette (2019), tal modelo contratual é caracterizado pela existência de dois tipos de sócio: o que assume toda a responsabilidade, inclusive para terceiros (ostensivo); e o participante (oculto), que tem sua responsabilidade somente em relação ao sócio que aparece. Com relação a esta modalidade de investimento, passou a ser regulada pela Lei Complementar 155/2016, conhecida vulgarmente como a Lei do Investidor-anjo. A criação desta lei é uma espécie de formalidade para o chamado contrato de participação (FEILGELSON, 2020).

A Lei 155/2016 trouxe pontos específicos para a questão do investidor-anjo, no Brasil, algo então não regulado em nosso ordenamento jurídico. Os artigos 61-A e 61-D da lei apresentam as seguintes regras:

> Preceituam que o investidor-anjo é aquela pessoa, física ou jurídica (inclusive, fundo de investimento), que está disposta a investir em uma microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) mediante aporte(s) de capital, o(s) qual(is) não integrará(ão) o capital social da empresa, e tampouco será(ão) considerado(s) como receita desta, devendo ser utilizado(s) para o fim de fomentar a inovação do negócio. (FEIGELSON, 2020).

Desta forma, o investidor anjo não será considerado sócio, nem tão pouco responderá com seu patrimônio por dívidas da empresa, até mesmo em casos de recuperação judicial. Por outro lado, a lei também protege o empreendedor, e por meio do seu §4º do art. 61-A, se dá a

expressa vedação da intervenção do investidor-anjo no negócio (VIEIRA, 2017).

A formalização do contrato de participação obedece a alguns dispostos, como prazo de vigência, com no máximo sete anos, sendo cinco destes, de remuneração empresarial, não devendo nunca ultrapassar o valor de 50% dos dividendos da empresa para o anjo (VIEIRA, 2017).

Para a pactuação do contrato formal, as partes devem ser devidamente identificadas, em comum acordo (princípio do consensualismo), pactuando o contrato de parceria para investimento. Tal contrato deve ser regulado na Lei 155/2016, dispor em suas cláusulas o valor do aporte financeiro que o investidor-anjo promoverá à startup, a forma como receberá sua remuneração, a duração do vigor do contrato, com todos os elementos elencados nos termos do artigo 61-A e parágrafos, até o artigo 61-D.

5. CONCLUSÃO

As startups trouxeram uma nova realidade aos empreendedores. O surgimento de um modelo de negócio versátil, apoiado no desenvolvimento de tecnologias, pode promover aos investidores um retorno em escala crescente exponencial.

A Lei 155/2016, no sistema jurídico brasileiro, veio para nortear as formas de investimento nesse modelo de negócio, apesar de não utilizar em qualquer momento o termo startup. Tal lei dispõe sobre como deverão ser feitos e norteados os contratos, como duração, aportes financeiros e como se daria o retorno ao investidor-anjo.

Ainda que o assunto sobre startups e as regulações de contratos de parceria sejam amplos, tal estudo pretende introduzir o conhecimento sobre este tema, contribuindo de forma introdutória aos que desejam aprofundar seus estudos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil - teoria geral dos contratos típicos e atípicos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

BARBOSA, Súria. Startup: o que é e como funciona. **Você S.A.** 2020. Disponível em: https://vocesa.abril.com.br/empreendedorismo/startup-o-que-e-e-como-funciona/. Acesso em: 20 ago. 20.

BRASIL. **Decreto Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BICUDO, Lucas. **O que é uma startup?** .StarteSe. 2016. Disponível em: https://www.startse.com/noticia/startups/afinal-o-que-e-uma-startup. Acesso em: 20 ago. 20.

FEIGELSON, B. **Curso de Direito das Startups.** São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Contratos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

LIGA INSIGHT. Entenda o que é uma startup e seu impacto no mercado. **Inovação.** 2020. Disponível em: https://insights.liga.ventures/inovacao/o-que-e-

startup/#:~:text=Uma%20startup%20%C3%A9%20uma%20organiza%C3%A7%C3%A3o,a%20origem%20etimol%C3%B3gica%20da%20palavra. Acesso em: 19 ago. 20.

RIES, Eric.A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas / Eric Ries; [tradução TextoEditores]. – São Paulo : Lua de Papel, 2012.
SPINA, Cássio. Afinal, o que é um Investimento-Anjo?. Endeavor. 2020. Disponível: https://endeavor.org.br/dinheiro/afinal-o-que-e-investimento-anjo/. Acesso em: 22 ago. 20.

TOMAZETTE, Marlon. **Teoria geral e direito societário.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

VIDO, E. **Curso de direito empresarial.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

VIEIRA, Lucas Bezerra. **Direito para startups:** manual jurídico para empreendedores. Natal, RN: Edição do autor, 2017.

VI. CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR

Leticia Marcolino Ferreira[1]
Silvia Regina Emiliano Gonzaga[2]

RESUMO: O presente artigo científico tem por escopo demonstrar a constelação sistêmica como forma de resolução de conflito consensual do Judiciário, evidenciando a sua efetividade nos Tribunais de Justiça como forma de pacificação social.

PALAVRAS-CHAVE: Constelação familiar. Hellinger Sciencia. Direito sistêmico.

ABSTRACT: The scope of this scientific paper is to demonstrate systemic constellations as consensual conflict resolution arrangements in the Judicial System, highlighting their effectiveness in Courts of Justice as forms of social pacification.

KEY-WORDS: Family constellation. Hellinger Sciencia. Systemic law.

1 INTRODUÇÃO

Os conflitos familiares que estão sendo apresentados ao Poder Judiciário nos dias atuais são resultados da percepção da divergência de interesses e têm a intervenção do Estado para a resolução de um fato pessoal, psicológico e social, sendo que, na maioria das vezes, a lei não tem uma resposta, pois tais situações estão cada vez mais complexas.

Assim, a constelação sistêmica familiar, criada por Bert Hellinger, é uma terapia que envolve um trabalho especializado da psicologia, em que deve ser retratada a história de determinado fato para que se promova pensamentos mais racionais entre as partes envolvidas, para então, encontrarem uma melhor forma de resolverem o conflito.

---

[1] Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Maringá.
[2] Mestre em Letras pela Universidade Estadual de Maringá. Professora da Faculdade Maringá.

AMANCIO FILHO, 2019).

A elaboração deste artigo científico justifica-se pela sua atualidade e com o crescente interesse pela abordagem sistêmica no Direito brasileiro. O desenvolvimento do trabalho ocorreu por meio de pesquisa bibliográfica, majoritariamente virtual, da análise de vídeos disponibilizados na internet, publicações virtuais, artigos, notícias e entrevistas sobre a utilização da abordagem sistêmica e das constelações familiares no Direito.

De modo geral, o presente artigo científico busca demonstrar a constelação sistêmica familiar como método alternativo de resolução de conflito, que traz muitos benefícios tanto para as partes quanto para o Poder Judiciário, e apresenta ainda que o método vem aumentando significativamente os índices de conciliação. Os resultados atingidos com a aplicação da abordagem sistêmica e as constelações foram publicadas em artigo virtual pelo juiz Sami Storch na sua experiência pessoal na Vara de Família na Comarca de Castro Alves/BA.

2 BERT HELLINGER, A NOVA CONSTELAÇÃO FAMILIAR E A HELLINGER SCIENCIA

Bert Hellinger foi o criador das constelações familiares e o desenvolvedor delas, tendo como origem, primeiramente, no campo terapêutico. Hellinger extraiu princípios gerados do próprio trabalho com a junção de teorias e métodos filosóficos, teológicos, psicológicos e pedagógicos para que então conseguisse fundamentar sua filosifia que passou a perceber e apresentar como ciência.

Muitos profissionais de outras áreas do conhecimento, tais como medicina, psicologia, administração e jurídica, procuravam saber como as

práticas das constelações demonstravam atingir, a fim de levar essa abordagem e a filosofia de Bert Hellinger para seus campos de atuação, quando então surgiram as constelações organizacionais, ou seja, a que é empregada para denifir e reproduzir algumas situações que possuem uma ligação com as empresas. (EQUIPE IBC, 2016).

As constelações consistem em intervenções terapêuticas e educativas que estão a serviço da vida. É baseada em uma perspectiva de identificação de questões e conflitos familiares. O trabalho de Hellinger o levou a descobrir a natureza da consciência pessoal e as leis inconscientes que ditam o comportamento nas famílias e nos grupos.

Essas leis sistêmicas são: a Pertinência, em que todos têm direito de pertencer; a Hierarquia, em que todos têm o seu lugar no sistema; o Equilíbrio, que envolve o dar e receber, ou seja, quando existem exclusões e pessoas fora do lugar nos sistemas, existe sofrimento; quando alguém tira algo de alguém, existe um grande desequilíbrio sistêmico e as gerações futuras vão querer, de algum modo, compensar isso. Quando uma dessas três leis não é respeitada, cria-se um problema dentro desse sistema, gerando muito sofrimento, e isso ocorre por amor, um amor cedo, um amor infantil, que pode, inclusive, levar a doenças. No caso da escola, pode levar a dificuldades de aprendizagem, dificuldade entre professores e alunes, entre tantas outras. (BRAGA, 2019).

Dessa forma, na sequência deste artigo, será apresentado, primeiramente, a pessoa de Bert Hellinger, sua filosofia e a ciência desenvolvida por ele, sendo também descrita como ocorre uma vivência de constelação familiar no âmbito terapêutico a partir da experiência direta, assim como a aplicação desta filosofia no judiciário brasileiro.

2.1 O Início Da Trajetória De Bert Hellinger

Bert Hellinger compreende o início de seu trabalho com constelações como fruto de suas experiências e de sua história, percebendo a principal influência vinda dos pais e da infância, eis que nascido na Alemanha em 1925, teve imunidade assegurada contra o discurso nacional-socialista graças à religiosidade e a fé praticada pela família.

Em Viena, Bert Hellinger estudou psicanálise e, durante sua formação, várias leituras levou-o aos Estados Unidos da América para estudar e experimentar a terapia primal. No entanto, a sociedade psicanalítica de Viena não compartilhou da motivação de Hellinger em introduzir esse trabalho corporal nas sessões de análise.

Esse trabalho e estudo permitiu a Bert Hellinger perceber que alguns *scripts*[3] operam ao longo de gerações e nos sistemas de relacionamento familiar, reconhecendo o valor da terapia familiar sistêmica, mas ainda não compreendendo como funcionava. Um ano depois, ao rever a questão e avaliar a si mesmo, percebeu que estava trabalhando sistemicamente, despertando a importância da hierarquia nos sitemas familiares por um artigo de Jay Haley sobre "triângulo perverso." (HELLINGER, 2015).

Hellinger buscou a integração das culturas introduzindo na missa cristã músicas e rituais zulus, o que o fez compreender que o Sagrado está em toda a parte, assim, o pensamento de Hellinger sofreu uma grande transformação quando participou de um curso inter-racial ecumênico de

[3] Script ou roteiro – plano pré-consciente de vida que dirige os comportamentos do indivíduo, originado das decisões tomadas na infância em razão das necessidades e circunstâncias enfrentadas. O escopo da terapia da análise transacional consiste, percebidos comportamentos disfuncionais e limitantes à vida, em transformar esse roteiro. (LIMA, Noeliza. **Eric Berne e a AT**. 2001).

dinâmica de grupo. O método trazido dos Estados Unidos pelo clero anglicano, enaltecia o diálogo, a fenomelogoia e a experiência individual. Foi a primeira vez que Bert Hellinger conheceu uma forma diferente de tratar as almas humanas e foi a partir de então que ele direcionou todo seu trabalho para o ser humano. (CESPEDES, 2017).

Assim, permeando uma diversidade de saberes na filosofia, na teologia e nas teorias e métodos terapêuticos, Hellinger construiu a própria forma de trabalhar, trançando os conhecimentos concebidos por vários autores, permitindo-o ultrapassar discursos, crenças e limitações, para observar os fenômenos como são.

2.2 A Constelação Na Prática Terapêutica

Os termos constelação familiar e constelação sistêmica são comumente utilizados para descrever o mesmo fenômeno, qual seja: o acesso à consciência sistêmica de determinado sujeito, cliente, a partir de sua solicitação a um constelador familiar. A manifestação do campo sistêmico pode ser realizada de forma individual ou em grupo, sendo que a forma individual utiliza-se de bonecos ou outros objetos para representar os membros do sistema; e a forma em grupo seria através de uma dinâmica na qual os participantes se dispõem a representar membros do sistemea do cliente sob a condição do facilitador, constelador.

A procura da constelação familiar pelo cliente visa o alívio de sintomas e a resolução ou cura da questão por ele exposta. A satisfação desse desejo requer mais do que a vontade aparente do cliente, exige uma entrega verdadeira, o desapego aos sentimentos e emoções que incidem e alimentam o problema.

A função de constelador exige o máximo respeito às ordens do

amor. O constelador pode conduzir o que surge em manifestações espontâneas, auxiliando o cliente no contato com sua questão e com seu sistema. Assim, através das técnicas de constelação e da instrução, torna-se possível que o fluxo de amor reestabeleça seu curso natural. (HELLINGER, 2014).

A partir do desejo e da permissão de uma pessoa para olhar e trabalhar seu problema, somada à posição de respeito, destreza e humildade do constelador para servir, ocorre o acesso às informações e as memórias existentes no campo, ou sistema, do cliente.

No fenômeno da constelação familiar, uma vez acessado o campo, as informações nele contidas e pertinentes à questão trazida pelo cliente passam a se manifestar nas pessoas que se dispuseram a representar os integrantes desse sistema. Esses representantes começam a sentir o que se passa no inconsciente, nas intenções, nos sentimentos, na alma, daqueles que representam.

Dessa forma, torna-se possível visualizar as informações ocultas do sistema, que formam uma imagem na conformidade de posição que os representantes assumem, revelando intenções, desarmonias e tendências. A partir de então, visto que o próprio sistema, enquanto uma unidade de consciência, busca por si mesmo compensar seus desequilíbrios, o constelador faz uso das técnicas sistêmicas desenvolvidas por Bert Hellinger, atribuindo frases, gestos e movimentos aos representantes, provocando sutil e respeitosamente a formação de uma nova imagem que possa auxiliar a energia de vida desse sistema fluir com harmonia. O constelador intui em que momento a constelação deve ser finalizada para que esse fluxo tenha força, possibilitando transformações na vida do cliente.

Bert Hellinger diz que trabalha sem a intenção de eliminar o sintoma trazido pelo cliente, sem controlar os resultados, durante a dinâmica e, após esta, ele simplesmente visa fazer o cliente se sentir bem com a própria família, de modo a ficar conectado com todas as boas forças que nela atuam, nutrindo-se dessas energia, declarando que isso por si só é um êxito. (CESPEDES, 2017).

As constelações, como já dito, podem ser realizadas em grupo ou de forma individual, sendo que, em ambos os casos, os resultados são a possibilidade de entender as dificuldade do presente através do passado e da cadeia de pessoas que influenciaram nossas vidas, mesmo que indiretamente.

Com relação a constelação familiar individual, muitas vezes, o cliente prefere estar sozinho, seja por insegurança ou por não estar confortável para expor seus temas diante de demais pessoas, o que é totalmente compreensível, pelos pensamentos de Hellinger. (ISLIKER, 2016).

Por outro lado, temos a constalação familiar sistêmica em grupo, na qual o trabalho é realizado por um grupo. Um ponto muito importante é o momento especial que se cria nas constelações em grupo, eis que, na maioria das vezes, são assuntos e experiências que acabam se tornando próximos entre as pessoas. Os assuntos abordados acabam sempre sendo a realidade das pessoas próximas, facilitando a compreensão e a troca de soluções.

Algumas figuras e elementos da constelação familiar em grupo são: o constelador, facilitador formado e capacitado em constelação familiar; o constelado, o cliente, a pessoa que busca trabalhar uma questão de vida; o tema, ou seja, a questão trazida pelo cliente, um conflito, um

sintoma, um sentimento, padrão de comportamento, fenômeno recorrente, doença, relacionamento conflituoso; grupo, que são pessoas que participam da dinâmica observando ou representando; representantes, integrantes do grupo que, convidados, se dispõem a representar o cliente, demais membros do sistema (familiares, desafetos, coletas etc) ou componentes (lugares, sentimentos, recursos etc) relacionado ao tema; campo, um núcleo imaterial de informações memórias da consciência sistêmica do cliente; e o local da dinâmica, que deve ser uma locação fechada, sala, estúdio, consultório, auditório etc; ou aberta, jardim, gramado, praia etc.

2.3 Hellinger Sciencia

Bert Hellinger desenvolveu sua filosofia e trabalhou com as constelações familiares tendo o âmbito terapêutico como único foco de atuação e ensino até que sua esposa o fez perceber a necessidade de transmitir esse conhecimento, o funcionamento das Ordens do Amor, de modo mais abrangente. Dessa forma, o casal Hellinger criou a Hellinger Schule, concebendo-a como uma escola da vida, com o objetivo de transmitir essas Ordens que regem a vida a outros profissionais e as pessoas de modo geral. (HELLINGER SCHULE).

A Hellinger Sciencia é apresentada como uma ciência do amor do espírito, uma ciência universal das ordens que regem as relações humanas. Parte, então, da formação da família como primeiro núcleo social, iniciando pela relação de casal, seguindo pelo relacionamento entre pais e filhos, avançando para as demais relações sociais, na educação, no trabalho, nas comunidades, e diversas organizações, crescendo sistemicamente do interno nacional até os relacionamentos entre nações.

Bert Hellinger obteve compreensão dessas ordens que regem a

vida através de *insights*[4], por isso nomeou esse conhecimento de Hellinger Sciencia, descrevendo e testando os *insights* em dinâmicas realizadas abertamente e em sessões fechadas, posteriormente publicadas e disponibilizadas. A Hellinger Sciencia se movimenta e se desenvolve continuamente a partir das novas experiências, *insights* e dos resultados sobre aqueles que se propõem a vivê-la. (HELLINGER SCHULE).

Assim, segundo Hellinger, o fundamento dessa ciência aberta está no seu efeito e no seu sucesso, entendendo ser admissível a designação "ciência" em razão do alcance de seus *insights* sobre as ordens dos relacionamentos e do amor humano. (HELLINGER SCHULE).

3 CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR COMO RESPOSTA À SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A partir da teoria do contrato social[5] feita por Hobbes, surge a necessidade da limitação, de forma a assegurar o cumprimento dos direitos e obrigações acordadas entre os participantes. Relativamente, é reforçada a ideia de que, sem acordo de vontades, a convivência é impossível.

Quando o desejado equilíbrio social não é atingido, surge o conflito; caso seja resolvido, retorna-se a harmonia. Assim, verifica-se que o conflito é o resultado da percepção da divergência de interesses, é um fato pessoal, psicológico e social, que converge no Direito apenas por opção política da organização social, variando essa intervenção do Estado.

Em geral, as pessoas atendem à regulação espontaneamente,

---

[4] Traduzido do inglês: *Insight* é o entendimento de uma causa e efeito específicos dentro de um contexto específico, ou seja, compreensão súbita de alguma coisa ou determinada situação.

[5] O contrato social é uma metáfora usada pelos filósofos contratualistas para explicar a relação entre os seres humanos e o Estado.

cumprindo as obrigações que assumem ou provocam. Mesmo se manifestando controvérsias sobre a aplicação da lei, diante da vontade de conviver pacificamente, as pessoas tendem a elaborar soluções amigáveis, resolvendo com certa naturalidade suas relações. Todavia, a sociedade não convive sem o Direito. A tarefa da ordem jurídica é, pois, promover e harmonizar as relações sociais, mediante normas de controle.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário se encontra em uma "crise" de sobrecarga, que diante desse cenário, os métodos de resoluções alternativas e consensuais de conflitos vêm ganhando força, tanto judicial quanto extrajudicialmente. Surgindo, então, o direito sistêmico, que se trata de um mais humanizado para os conflitos, buscando o consenso, a pacificação e a manutenção dos vínculos.

Assim, o método inclui movimentos sistêmicos e frases de solução, os quais ensinam a integrar e compreender internamente fatos e sentimentos que podem estar impedindo as pessoas de seguirem a vida adiante com tranquilidade e paz. Ou seja, a constelação sistêmica é uma ferramenta terapêutica fenomenológica breve, que permite localizar e/ou remover bloqueios que podem estar influenciando e atuando na vida do indivíduo, ainda que de forma inconsciente. (ARAUJO, 2019).

Jakob Robert Schneider, em seu livro "A Prática das Constelações Familiares", afirma que as constelações:

> […] proporcionam um insight liberador sobre os efeitos do destino, colocam em ordem as relações, de uma forma saudável e que estimula o crescimento e proporcionam força, como um efeito indireto, na medida em que as pessoas aprendem a receber sua vida de seus pais e dos seus antepassados. As constelações confiam na capacidade do cliente, em sua

> responsabilidade e competência para lidar bem com aquilo que vivenciou. (SCHNEIDER, 2007, p. 2016).

Portanto, do mesmo modo que a mediação, as constelações e toda a filosofia lecionada por Bert Hellinger podem ser utilizadas para ajudar as pessoas, de uma forma geral, a lidar melhor com seus conflitos, inclusive na seara jurídica. E ainda, esse novo olhar sob os conflitos, seja do advogado, seja do juiz ou do promotor, pode trazer mais humanização e empatia para todos os envolvidos na contenda.

4 CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR

Conforme já transcorrido pelo assunto, a constelação sistêmica familiar é um método criado por Bert Hellinger. Considera-se o método da Constelação Sistêmica Familiar uma abordagem da Psicoterapia Sistêmica Fenomenológica que ocorre de forma energética e fenomenológica, que pode ser aplicada em várias áreas da vida, incluindo a área empresarial.

As constelações familiares são orientadas por três princípios básicos, que são denominadas como “as ordens do amor”, “a necessidade do pertencimento”, “o equilíbrio entre o dar e o receber” e a “hierarquia no sistema familiar”. Estas ordens são pré-estabelecidas e estão contidas nos movimentos que acontecem nos sistemas familiares. (HELLINGER, 2014).

A constelação é realizada em uma sessão por meio do trabalho com os representantes, na qual se encontram soluções que estão além da influência do constelador ou do terapeuta que esteja aplicando o método, a partir da necessidade apresentada por quem esteja sendo constelado.

Os movimentos que acontecem pelo reprentante em um campo de força se originam quando se observa, em um dado momento, durante o

esforço de extensão e se dirige o olhar, não para algo palpável, concreto, mas o olhar para o todo, ou seja, captar o muito que está a sua frente. O representante, enquanto está neste campo quântico que atua, comporta-se e sente-se como alguém da família que pertence a esse campo de força. Deste campo de força, irão emergir os conhecimentos de que necessita para uma solução e que são trazidos nos movimentos das constelações familiares, sendo que virá à tona o que de fato é essencial.

O terapeuta ou constelador nesse procedimento busca “enxergar” o completo e o todo do sistema familiar. É necessário que, se olho primeiro para todos aqueles que estão excluídos do sistema, para os membros familiares aos quais é negado o reconhecimento ou para aqueles os quais é negado o amor.

Desta forma, quando devemos recorrer à constelação sistêmica? Dentro da constelação, podemos enumerar vários problemas que podem ser resolvidos, tais como: traumas, depressão e ansiedade, assuntos relacionados a filhos, complicações do casal, tomada de decisões difíceis, questões pessoais e entre outros.

Sempre deve ser ponderado se o conteúdo é realmente relevante, devendo deixar de lado questões triviais, eis que toda e qualquer psicoterapia só funciona a partir do real interesse e comprometimento da pessoa a ser constelada. A constelação sistêmica pode trazer luz para algumas questões, desfazendo nós inconscientemente criados. (PIMENTA, 2017).

Importante mencionar que pertencem a um sistema familiar os filhos, bilaterais ou unilaterais, nascidos, abortados, doados ou esquecidos; os pais e os seus irmãos (tio/tias) consaguíneos, nascidos, abortados, doados ou esquecidos; parceiros afetivos antigos dos pais; avós, antigos

parceiros dos avós e, em alguns casos, os irmãos dos avós; e outras pessoas não unidas por laços sanguíneos que causaram perdas ou ganhos, de vida ou de patrimônio, ao sistema familiar. (CESPEDES, 2017).

4.1 Aplicação Da Constelação Familiar No Judiciário Brasileiro

A tradição no Direito brasileiro de longa data permaneceu estruturada sob o modelo da litigância e da decisão por terceiros. O acúmulo de demandas, a morosidade, a onerosidade e a insatisfação impulsionaram a busca de outras formas de resolução de conflitos.

No entanto, a autocomposição, por sua vez, evoca das partes controvertidas maturidade racional e emocional, pois retira o ônus de argumentação defensiva e o poder de decisão por terceiros, e devolve a responsabilidade de compreensão, negociação e resolução da desavença àqueles que, de fato, a originaram, amparados, para tanto, pela figura do mediador ou conciliador. (CESPEDES, 2017).

Somada essa compreensão ao conhecimento trazido pela ciência Hellinger, que cada sujeito além de ser constituído por sua perceptível consciência pessoal faz parte de uma consciência sistêmica que opera oculta e arbitrariamente, percebe-se o quanto os procedimentos consensuais ganham força com a introdução da abordagem sistêmica e das constelações familiares como instrumento auxiliar na justiça. Não se confundindo com um meio exclusivo para resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação, por exemplo, mas sim como uma ferramenta para o êxito desses procedimentos consensuais. (CESPEDES, 2017).

A política estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituída pela resolução CNJ n.125/10, buscou, assim, organizar a esfera jurídica brasileira para as posteriores legislações. A publicação da Lei

13.140/15 trouxe o marco regulatório da mediação no Brasil e o Novo Código de Processo Civil consagrou um novo paradigma ao Direito pátrio, voltado, então, para os meios consensuais de solução de conflitos.

Em 2015, o CNJ contabilizou pela primeira vez o número de acordos obtidos por mediações e conciliações em processos judiciais, acreditando que os resultados percebidos em 2016, com as vigências da Lei 13.140/15 e do Novo CPC, formarão um quadro ainda mais promissor. (BRASIL, CNJ. 2016. Relatório Justiça em Números traz índices de conciliações).

Maior do que a promessa de solução mais rápida e menos onerosa, se comparados aos processos judiciais, os procedimentos consensuais propõem outra forma de perceber e abordar os conflitos, pois partem do entendimento de que uma controvérsia, ora decorrente de fatos fortuitos, ora em virtude de relacionamentos, encontra melhor desfecho quando solucionada pelas pessoas envolvidas através de um caminhar que lhes possibilite o diálogo; a exposição das subjetividades inerentes ao conflito, à negociação e o acodo, respeitando os limites postulados em direitos, deveres, proibições e liberdades. (CESPEDES, 2017).

Esse movimento possibilita o autoconhecimento, o amadurecimento emocional e o empoderamento pessoal, uma vez que auxilia os indivíduos a se perceberem e a se regularem para fazer suas escolhas e barganhas, a partir da própria vontade, sem a intervenção de terceiros.

No entanto, somente os conhecimentos tradicionais do Direito não são suficientes para vencer os óbices, sendo necessários, então, outros recursos que auxiliem a observar a retirar essas questões sistêmicas. Entende-se que a introdução da Hellinger Sciencia no Direito brasileiro,

com a abordagem sistêmica e as técnicas da constelação familiar (ou da constelação sistêmica) trazem valioso complementos para se atingir uma verdadeira resolução das questões trazidas ao juridiciário.

Ainda, importante mencionar que nos sítios virtuais do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais podem ser acessadas publicações sobre projetos, programas, ações, resultados e premiações. Assim, há algumas publicações que incentivam e mantém em andamento a utilização da abordagem sistêmica e das constelações no âmbito jurídico. (CESPEDES, 2017).

Outrossim, foi narrado, em um dos casos utilizados, a constelação familiar, por um casal que havia procurado a justiça com vistas a realizar o divórcio, mas que, ao se submeterem a uma sessão de constelação, conheceram as questões ocultas que os impeliam a desmanchar a união, bem como perceberam a real vontade de manter o casamento. Vejamos: (CESPEDES, 2017).

> - J.D. (esposa): Eu nunca tinha ouvido falar desta técnica, mas achei muito interessante. Durante a sessão, pude perceber que nós brigávamos por bobeira, besteiras. Na hora da discussão, ficamos com raiva um do outro, com ódio no coração, por coisas que não são graves. Isso eu consegui ver muito bem. [...] Percebemos também que ainda nos gostamos e que brigamos por coisas tolas. Decidimos tentar novamente, resolvemos dar uma nova chance a nós, ao nosso casamento, a nossa família, aos nossos filhos.[...] Nunca pensei que tivesse isso na justiça. Achei que ia participar de uma audiência normal e que ia sair de lá com o divórcio. Nunca pensei na possibilidade assim. Muitos casais pedem a separação por nada, são coisas pequenas que vão se acumulando. Eu acho que todos deveriam passar por essa experiência, que de fato me

> surpreendeu. - J.D. (esposo): Eu nunca imaginava encontrar isso na Justiça. Aliás, eu não acreditava nesse tipo de coisa. Achei que iam falar sobre a importância do casamento, da família, mas nunca pensei que seria uma abordagem tão profunda. Minha esposa tem um irmão desaparecido e durante a sessão vimos que isso também interfere em nosso relacionamento. Isso me surpreendeu muito. Fiquei realmente impressionado. Percebi que coisas do passado, da família, que já aconteceram, influenciam diretamente na nossa vida. Eu aprovei a técnica e gostaria de participar de outra sessão dessas. (CESPEDES, 2017, p. 58).

4.2 Direito Sistêmico

A expressão "direito sistêmico" surgiu da análise do Direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações familiares sistêmicas desenvolvida por Bert Hellinger.

O direito sistêmico se prõpoe a encontrar a verdadeira solução. Essa solução não poderá ser nunca para apenas uma das partes. Ela sempre precisará abranger todo o sistema envolvido no conflito, porque na esfera judicial – e às vezes também fora dela – basta uma pessoa querer para que duas ou mais tenham que brigar. Assim, se uma das partes não está bem, todos os que com ela se relacionam poderão sofrer as consequências disso. (STORCH, 2010).

O termo foi introduzido pelo juiz Sami Storch, da 2ª Vara de Família de Itabuna/BA, quando teve seu primeiro contato com a terapia das constelações familiares e pela percepção que, além de ser uma terapia altamente eficaz na solução de questões pessoais, o conhecimento dessa ciência tem um potencial imenso para utilização na área jurídica. Segundo Sami Storch:

> O Judiciário está passando por uma reforma profunda no Brasil, no sentindo de tornar-se mais humanizado e sintonizado com essa necessidade de mudança da população. A Justiça Restaurativa e as Constelações vêm sendo abraçadas por diversos tribunais no país e Mato Grosso é um dos pioneiros deste movimento. É uma nova solução para um novo tempo que estamos vivendo. (STORCH, 2016).

No entanto, a solução sistêmica familiar, para ser verdadeira, precisará primeiramente excluir os filhos de qualquer conflito existente entre os pais, para que os filhos possam sentir a presença harmônica do pai e da mãe em suas vidas.

Ainda, além da aplicação da filosofia sistêmica e das constelações de Hellinger em instâncias do Poder Judiciário e do Ministério Público, a advocacia também tem aderido a aplicação da abordagem sistêmica hellingeriana e suas técnicas. Alguns advogados e escritórios utilizam o nome *advocacia sistêmica* para designar o trabalho jurídico sob a abordagem sistêmcia.

A abordagem sistêmica do direito, portanto, propõe a aplicação prática da ciência jurídica com um viés terapêutico, desde a etapa da elaboração das leis até a sua aplicação nos casos concretos. A proposta, aqui, é utilizar as leis e o Direito como mecanismo de tratamento das questões geradoras de conflito, visando à saúde do sistema “doente”, como um todo.

No entanto, uma questão vale ser colocada: o poder judiciário deve prezar pela celeridade na resolução das demandas, procurando sentenciar os processos de maneira rápida para que os números monstrem

mais arquivamento do que distribuição? Ou o melhor caminho é a efetividade na solução, fazendo com que os sujeitos de cada ação restabeleçam seus vínculos e sua paz, mesmo que isso provoque lentidão ainda maior nas comarcas?

Pois bem, as leis brasileiras buscam a pacificação, e a constelação, assim como a conciliação e a mediação, são formas de contribuição para o sistema judiciário, pois, se aplicadas correta e criteriosamente, se alcançará o equilíbrio nas relações sociais, promovendo a valorização da figura humana e resolvendo os conflitos de maneira célere e inovadora. (AMANCIO FILHO, 2019).

No Brasil, o método da constelação no judiciário teve como pioneiro o juiz Sami Storch, que criou um projeto denominado "separação de casais, os filhos e os vínculos que nunca se desfaz". O projeto reuniu em torno de cem pessoas, que tinham processos de família, para uma breve explanação sobre os métodos. (STORCH, 2014). O juiz Sami Storch declarou a estatística do seu projeto:

> [...] as audiências que ocorreram em um curto intervalo de tempo, após a conclusão do projeto, obtiveram o índice de: a) 100% de acordo para aqueles processos em ambas as partes participaram da vivência das constelações; b) 93% de acordo para aqueles processos em que ao menos uma das partes participou das constelações; c) 80% de acordo para aqueles processos em que, embora as partes não tiveram suas questões consteladas, participaram apenas como ouvintes e observadores no evento. (STORCH, 2015).

Com o alto índice de êxito publicado pelo juiz Sami Storch, outros tribunais também se interessaram pela implantação da constelação, segundo o CNJ no ano de 2018. Apesar da resistência por parte de alguns

estados, a expectativa é que esse índice aumente cada vez mais.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo científico que teve o objetivo de buscar demonstrar a constelação sistêmica familiar como método alternativo de resolução de conflito, após os aspectos estudados, teceu algumas considerações que serão apontadas a seguir.

Ser humano, estar no mundo e viver em comunidade implica na adoção de papéis que se complementam em suas respectivas funções sociais e resulta numa condição de interdependência que, quanto mais complexa a organização social, mais forte é. Sob essa compreensão, é possível dizer que qualquer conflito levado à esfera jurídica é fruto de uma interação humana, direta ou indireta, vinda de uma relação continuada ou de um caso eventual, uma composição aversiva, construída por atores que agem ou suportam situações, em conformidade com as possibilidades criadas e reproduzidas no meio social do que fazem parte.

Absorvendo-se o conhecimento trazido pela Hellinger Sciencia, percebe-se que, nessas interações sociais, o agir ou o sofrer de cada indivíduo é mais do que a simples expressão ou o acaso de sua singularidade. Uma vez entendendo que cada sujeito é constituído e constitui uma consciência de um grupo que o impele a determinadas possibilidades de atuação, em concordância com os padrões estabilizados em sua rede sistêmica de informações. Dessa forma, um conflito entre duas pessoas, por exemplo, implica num encontro de dois sistemas que, por razões ocultas à razão, se complementam em papéis antagônicos. Essa perspectiva de entender as relações e os conflitos humanos não busca isentar a responsabilidade pessoal daquele que pratica determinado ato,

sobretudo, aqueles eleitos pela sociedade como impraticáveis e levados à proibição e à sanção pelo Direito.

Sobre esse entendimento, as questões levadas à Justiça, deflagradas no comportamento individual, devem ser analisadas sistemicamente para que se tenha sucesso numa resolução. E mais do que isso, para que se tomem novas posturas no meio social como um todo, pois do micro ao macro sistema são construídos padrões que, quando despontam de uma forma mais robusta na ação de alguns indivíduos, são rechaçados como se apenas dos mesmos partissem.

Desta forma, faz-se necessário um olhar que reconheça a responsabilidade e as consequências que determinados sujeitos se submetem ao desrespeitar os limites da legislação estatal, mas que também reconheça suas condutas como uma construção coletiva e, muitas vezes, oculta ao controle consciente.

A ciência desenvolvida por Hellinger, introduzida na esfera jurídica, potencializa essa transformação, pois as constelações familiares/sistêmicas permitem aos indivíduos em conflito entrarem em contato com as raízes que os levaram à questão e abrem a possibilidade para a mudança da imagem que provocou o problema. Não trazem, no entanto, uma solução mágica e, sim, requerem o esforço das partes, para aceitar as fatalidades, para saírem de uma postura de rigidez, de uma paralisia, repartindo responsabilidades sobre ganhos e perdas, materiais e imateriais, e então poderem negociar. A constelação provoca os indivíduos a se olharem com respeito e com aceitação; só assim promove uma reorganização, com a transformação do que estava pesado e destrutivo, para algo mais leve e fluído.

No âmbito jurídico, a aplicação da constelação familiar se

restringe a trabalhar o conflito, a buscar sanação suficiente que se permita às partes chegarem a uma composição consciente e um acordo pacificador, dentro dos limites impostos pela legislação vigente. Auxilia os sujeitos em conflitos, assim como a todos os operadores do Direito que os assistem, a enxergar a raiz do problema e a perceberem que existe em cada um o ânimo interno que deseja harmonia, e que encontra espaço para mover-se com a realização das constelações.

Assim, encerra-se o presente artigo científico, confiando que as contribuições que a introdução da ciência hellingeriana ao Direito pátrio já são realidade e que podem vir a ocorrer muitos outros benefícios desse casamento. Sem ingenuidade, conhecendo que qualquer filosofia, ciência, prática ou tecnologia não são infalíveis. Visto que são concebidas, conduzidas e recebidas por seres humanos, limitados e falhos que somos.

Por fim, pode-se concluir que, num poder judiciário que não consegue atender as expectativas da sociedade na prestação de seus serviços, a aplicação de tal método surge como alternativa para beneficiar o povo em geral, como também a própria justiça, pois inicia-se uma nova era em que o fórum não é mais visto como ringue, mas sim como centro de pacificação social, sendo oportunizado um momento de diálogo, compreensão das ideias em divergências e valorização dos sentimentos das pessoas que o buscam, com o objetivo de restabelecer a harmonia através de uma justiça digna. Dessa forma, a desmoralização do formalismo processual é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, pelo qual é preciso que um número cada vez maior de pessoas tenha a oportunidade de chegar às portas da Justiça e estabelecer o acesso à ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS

AMÂNCIO FILHO, José Diniz da Cruz. **Métodos consensuais de resolução de conflitos: a conciliação, mediação e constelação como instrumentos de pacificação social.** 2019. 34 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2019.

ARAÚJO, Daniela Martins. A constelação sistêmica como ferramenta de solução consensual de conflitos. 2019. Disponível em: https://www.mediacaonline.com/blog/a-constelacao-sistemica-como-ferramenta-de-solucao-consensual-de-conflitos/. Acesso em: 12 mar. 2020.

As primeiras experiências com constelações sistêmicas no judiciário. Artigo. *In* **Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas** – n.04. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/**.** Acesso em: 12 mar. 2020.

BANDEIRA, Regina. **"Constelação Familiar" ajuda a humanizar práticas de conciliação no judiciário.** CNJ. Notícia. Data de publicação 31/10/2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2. Acesso em: 11 mar. 2020.

BATALHA. Clarice Del Pilar Lastras. **Constelação familiar sistêmica e sua utilização na resolução dos conflitos consensuais do judiciário.** 2017. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, 2017.

BRAGA, Ana Lucia. **Constelações sistêmicas:** diversos olhares para diferentes realidades. Curitiba: Appris, 2019.

CÉSPEDES. Adele Speck Rendón. **A constelação familiar aplicada ao direito brasileiro a partir da lei de mediação.** 2017. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2017.

CNJ. **Resolução n.125/10 CNJ** de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre

a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 12 mar. 2020.

CNJ. **Norma do CNJ sobre solução de conflitos completa 5 anos com saldo positivo.** Notícia. Data da publicação 23/11/2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80974-norma-do-cnj-sobre-solucao-de-conflitos-completa-5-anos-com-saldo-positivo. Acesso em: 11 mar. 2020.

CNJ. **Resolução sobre conciliação é vista como o marco para magistrados**. Notícia. Data da publicação 24/11/2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80990-resolucao-sobre-conciliacao-e-vista-como-um-marco-por-magistrados. Acesso em: 11 mar. 2020.

CNJ. **Guia de Conciliação e Mediação: Orientações para implantação de CEJUSCs.** Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça. 2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

CNJ. **Campeão em conciliações tribunal é destaque em premiação.** Notícia. Data de publicação 02/07/2015. Disponível em: http://cnj.jus.br/noticias/judiciario/79789-campeao-em-conciliacoes-tribunal-e-destaque-em-premiacao-do-cnj. Acesso em: 11 mar. 2020..

CNJ. **Constelação familiar é aplicada a 300 casos no Rio.** Notícia. Data de publicação 31/03/2017. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84551-constelacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio. Acesso em: 11 mar. 2020.

CNJ. **Relatório Justiça em Números traz índice de conciliações**. Notícia. Data da publicação 17/10/2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez. Acesso em: 11 mar. 2020.

CONFIRA alguns exemplos de constelações organizacionais. **Equipe IBC.** Goiânia, 05 de jun. De 2016. Disponível em: https://www.ibccoaching.com.br/portal/confira-alguns-exemplos-de-constelacoes-organizacionais/. Acesso em: 8 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

Constelação familiar individual ou em grupo? Qual a diferença?. 2018. Disponível em: http://antoniabraz.com.br/artigo.asp?id=197. Acesso em: 11 mar. 2020.

Constelações familiares na vara de família viabilizam acordos em 91% dos processos. Artigo. Data da publicação 23/08/2016. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/. Acesso em: 12 mar. 2020.

DO BEM, Instituto Terapia. In: "O que é constelação familiar sistêmica?". 2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=mb62c1RdqAs. Acesso em: 12 out. 2019.

Entrevista Direito Sistêmico e Constelação Familiar. Entrevista ao Jornal Carta Forense. Data da publicação 02/09/2016. Disponível em: http://cartaforense.com.br /conteudo/entrevista/direito-sistemico-e-constelacao-familiar/16914. Acesso em: 12 out. 2019.

FAMILIAR, Constelação Sistêmica. In: "Bert Hellinger – demonstração da constelação familiar – TV Russa – legendado em Português". 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EcTqRuaQmtg. Acesso em: 12 mar. 2020.

HELLINGER, Bert. **Constelações Familiares.** Editora: Cultrix, 2001.

HELLINGER, Bert. **Hellinger Sciencia.** In: Hellinger Sciencia Site. Disponível em: https://www.hellinger.com/pt/pagina/constelacao-familiar/hellinger-scienciar/. Acesso em: 8 mar. 2020.

HELLINGER, Bert. **O amor do espírito na Hellinger Sciencia.** Trad. Filipa Richter, Tsuyuko Jinno-Spelter. 1ed. Patos de Minas: Atman, 2009. 216p.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor:** um guia para o trabalho com constelações familiares. Trad. Newton A. Queiroz. 7ed. São Paulo: Cultrix, 2014. 424p.

HELLINGER, Bert. **Simetria oculta do amor**. Trad. Newton A. Queiroz. 6ed. São Paulo: Cultrix, 2015. 320p.

ISLIKER, Juliana. A constelação individual. 2016. Disponível em: http://www.julianaisliker.com.br/a-constelacao-individual/. Acesso em: 14 mar. 2020.

Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 11 mar. 2020.

Ministério Público do Estado do Amapá. **Workshop sobre constelação sistêmica aborda solução inovadora de conflito na sociedade**. Notícia. Data da publicação 02/12/2016. Disponível em: http://www.mpap.mp.br/noticias/gerais/5000-workshop-sobre-constelacao-sistemica-aborda-solucao-inovadora-de-conflito-na-sociedade. Acesso em: 11 mar. 2020.

PIMENTA, Tatiana. Constelação sistêmica ou familiar: saiba o que é e como ela pode mudar sua vida. 2017. Disponível em: https://www.vittude.com/blog/constelacao-sistemica-familiar/. Acesso em: 12 mar. 2020.

SCHNEIDER, J. R., **A prática das constelações familiares**: bases e procedimentos. Trad. Newton A. Queiroz. Patos de Minas: Atman. 2007. 216p.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico humaniza o TJ de Mato Grosso**. 2016. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2016/06/07/direito-sistemico-humaniza-o-tj-de-mato-grosso/. Acesso em: 11 mar. 2020.

STORCH, Sami. **O que é o Direito Sistêmico.** Artigo. Data da publicação 29/11/2010. Disponível em

https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/. Acesso em: 2 mar. 2020.

STORCH, Sami; RIBEIRO, Marina. "**Consegui 100% de conciliações usando uma técnica terapêutica alemã**", afirma juiz baiano. Como o juiz Sami conseguiu transformar seu interesse pessoal no método da constelação familiar para conseguir mais acordos na Vara da Família em Castro Alves, na Bahia. Sami Storch, em depoimento a Marina Ribeiro. *In*: Época. Data da publicação 08/12/2014. Disponível em https://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/12/consegui-b100-de-conciliacoesb-usando-uma-tecnica-terapeutica-alema-afirma-juiz-baiano.html. Acesso em: 2 mar. 2020.

VII. CORONAVÍRUS E A PANDEMIA: A INAUGURAÇÃO DE UM ESTADO DE EXCEÇÃO PELA CRIAÇÃO DE UM NOVO (A) NORMAL

Bruno Henrique Costa da Silva[1]
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa [2]
Sergio Benedito de Oliveira[3]

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar a mudança no paradigma do Estado causado pela COVID – 19. Procura trazer luz ao entendimento, em tempos de tantas questões urgentes e momentâneas, sobre o sentido do novo (a) normal. Visa ainda trazer esclarecimento, à luz da Constituição, sobre a suspensão temporária dos direitos fundamentais pela criação de um Estado de Exceção em razão da edição de mandamentos de conduta e de comportamento pelo poder executivo Federal, Estadual, Municipal e Distrital. De forma filosófica e jurídica, buscamos mostrar o caminho que se tenta trilhar de forma normal dentro da anormalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Covid. Pandemia. Estado Exceção.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the change in the State paradigm caused by COVID - 19. It seeks to shed light on the understanding, in times of so many urgent and momentary questions, about the meaning of the new normal. It also aims to bring clarification in the light of the Constitution on the temporary suspension of fundamental rights by creating a state of exception due to the creation of mandates of conduct and behavior, by the Federal, State, Municipal and District executive powers. Philosophically and legally, we seek to show this path that we are trying to follow in a normal way within the abnormality.

KEYWORDS: Covid. Pandemic. Exception Status.

1. INTRODUÇÃO

A mudança no paradigma do Estado causado pela COVID - 19 deu uma nova roupagem ao direito afetando sobremaneira o comportamento social. A supremacia albergada na Constituição, que

---

[1] Acadêmico do 3º ano de Direito da Faculdade Maringá.
[2] Mestre em direito. Professor. Advogado.
[3] Acadêmico do 3º ano de Direito da Faculdade Maringá.

passou a ser a lei fundamental com força normativa, vinculante e concreta, irradiando seus valores por todo o ordenamento, viu-se ameaçada pelo surgimento excepcional de inúmeras leis, decretos e atos normativos entre outros. Vive-se um momento histórico de crise causada pela pandemia, diante da qual, os direitos e garantias fundamentais, mesmo positivados em uma lei suprema, não conseguem ser materializados.

Frente a este panorama, várias medidas foram empreendidas no sentido de concretizar os direitos fundamentais. Resta, portanto, por hora, pelo menos de forma superficial, pois não pretendemos aqui analisar todos os atos normativos que foram editados pós-pandemia, verificar se os variados atos normativos editados no momento pandêmico pró ou contra pandemia, da forma como recepcionados pelo nosso ordenamento, são compatíveis com o nosso modelo de Estado e com a nossa Constituição e, sobretudo, se ferem os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito; se afetam ou se suspendem a democracia e, por fim, se criam ou não um verdadeiro Estado de Exceção.

O trabalho pretende ainda apresentar a ideia de que soberano é aquele que pode decidir num Estado de Exceção demonstrando, portanto, a realidade apresentada pela pandemia causada pela **COVID 19,** assim de acordo com Lancellotti (2020):

> É nome oficial, dado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), à doença respiratória aguda, algumas vezes grave, causada pelo novo coronavírus **sars-CoV-2**,

que se encaixaria pelo menos em hipótese como uma verdadeira situação decorrente de um Estado de Exceção.

Por fim, com base no pensamento de Giorgio Agamben, pretendemos resgatar a essência da ideia acerca do Estado de Exceção, para demonstrarmos, como arma crítica, o quanto a institucionalização de diversos atos normativos como leis, decretos, entre outros, tem se igualado a um instrumento institucionalizador de um Estado de Exceção em nossa democracia. É o que pretendemos demonstrar.

2. STF: ATRITOS E DECISÕES

Sabemos que a Covid-19 foi alvo de atrito entre o governo federal e os governadores, desde o começo da pandemia. Não foi apresentada uma estratégia nacional de contenção da epidemia e dois ministros da Saúde deixaram o governo, cuja pasta hoje tem um titular que nem sequer é da área da saúde, como já aconteceu em governos anteriores.

A inércia e a ineficiência do executivo federal impôs aos governos Estadual, Municipal e Distrital a edição de medidas emergenciais de contenção da COVID-19. Isso gerou uma grande e feroz crítica ao governo federal por não auxiliar ou trazer medidas que pudessem suprir Estados e Municípios, fazendo com que os seus gestores tivessem, mesmo que contra a vontade federal, tomar medidas de contenção enérgicas ao ponto de decretar, da sua maneira, os Lockdowns (refere-se ao bloqueio total de uma região, imposta pelo Estado ou pela Justiça. É a medida mais rígida adotada durante situações extremas, como uma pandemia). Por sua vez, o Governo Federal teceu críticas às medidas de quarentena adotadas pelos Estados e Municípios;

afirmou ser de responsabilização dos governadores os impactos causados pelas medidas por eles adotadas, acusando, inclusive, os executivos estadual, municipal e distrital pela dificuldade no transporte de itens de primeira necessidade, necessários à sobrevivência.

Para Voltare (2020), reconhecendo a competência concorrente dos executivos o STF aduz que:

> Neste cabo de guerra entre governo federal estados, municípios e distrito federal, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, no último dia 15 de abril, validou na ADI 6.341 o entendimento de que as medidas tomadas pelo governo federal por meio da Medida Provisória 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

Com esse entendimento, a nossa corte constitucional atribuiu competência concorrente aos executivos municipal, estadual e distrital, estendendo a eles a competência para decidir sobre as medidas a serem tomadas no combate ao coronavírus. Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal transformou a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal em verdadeiros soberanos em um Estado de Exceção.

2.1 Estado De Exceção

Acerca do Estado de Exceção, podemos dizer que é um Estado totalmente às avessas. Nele, não existe a clássica separação harmônica entre os poderes do Estado e a ordem jurídica se suspende, passando o poder a se concentrar em um único ente que pode, conforme sua vontade, ditar as diretrizes para o funcionamento do Estado e para toda a

sociedade. Institui-se um verdadeiro estado de emergência que se coloca como legitimador para justificar a suspensão dos direitos.

O estado de exceção mostra um tempo de intempéries e de instabilidade constitucional tal como reconhecido e de acordo com professor Godoy (2020), nos seguintes termos:

> O *estado de exceção* identifica um período de anormalidade constitucional que se pretende recorrentemente regrar, limitar e nomear, com objetivos de normalização, em termos constitucionais e, no limite, também com balizas legais e regulamentares. Essa anormalidade na conjuntura de uma pretensa normalidade é a característica mais marcante do *estado de exceção*, que consiste também em permanente problema para a teoria do direito público.

No mesmo sentido é o ensinamento de Giorgio Agamben, um dos maiores pensadores sobre o estado de exceção, quando discorrendo sobre a epidemia causada pelo COVID-19 Agambem (2020) relata que:

> Se essa é a situação real, por que a mídia e as autoridades se esforçam para espalhar um clima de pânico, causando um estado real de exceção, com sérias limitações de movimentos e uma suspensão do funcionamento normal das condições de vida e trabalho em regiões inteiras? Dois fatores podem ajudar a explicar esse comportamento desproporcional. Primeiro de tudo, há mais uma vez a tendência crescente de usar o estado de exceção como um paradigma normal de governo. O decreto-lei imediatamente aprovado pelo governo "por razões de higiene e segurança pública" resulta de fato em uma militarização real "dos municípios e áreas em que pelo menos uma pessoa é conhecida

> por quem a fonte de transmissão é desconhecida ou em qualquer caso em que exista um caso não imputável a uma pessoa de uma área já afetada pela infecção pelo vírus. (Livre tradução). (Texto Original) [4]

Cria-se uma questão segundo Godoy (2020),

> que acompanha a conceituação e a prática do *estado de exceção,* que de algum modo encontra-se confinado a fronteiras que supostamente abstrairiam a vontade política da vontade normativa, isto é, a ação política propriamente dita do direito positivo. Além do que, como a experiência histórica tem apontado, o estado de exceção deslumbra aqueles que o decretam, e que o pretendem definitivo. As experiências da Alemanha nazista, do franquismo, do salazarismo, do fascismo e do Estado Novo, para nomear apenas alguns, são exemplos emblemáticos dessa assertiva.

Desta maneira, trata-se de um movimento que determina regras, as impõe e justifica a sua executabilidade.

2.2 - Estado de Exceção no Brasil

[4] Texto original: "Se questa è la situazione reale, perché i media e le autorità si adoperano per diffondere un clima di panico, provocando un vero e proprio stato di eccezione, con gravi limitazioni dei movimenti e una sospensione del normale funzionamento delle condizioni di vita e di lavoro in intere regioni? Due fattori possono concorrere a spiegare un comportamento così sproporzionato. Innanzitutto si manifesta ancora una volta la tendenza crescente a usare lo stato di eccezione come paradigma normale di governo. Il decreto-legge subito approvato dal governo «per ragioni di igiene e di sicurezza pubblica» si risolve infatti in una vera e propria militarizzazione «dei comuni e delle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio di virus."

No caminho constitucional brasileiro, o Estado de Exceção aparece com as mais diferentes roupagens, seja nas nossas diversas constituições, seja na história da política brasileira, aponta Godoy (2020) tais como:

> Segurança do Estado (Constituição de 1824), estado de sítio (Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967, 1946 e 1988), estado de emergência (Constituição de 1937), estado de guerra (Constituição de 1937), estado de defesa (Constituição de 1988).
> A ditadura de Floriano Peixoto, disfarçada de volta à legalidade, o golpe do Estado Novo, camuflado por Getúlio Vargas como plano de combate a integralistas e a comunistas, e as intervenções de 1964 e de 1968.

Esta é a grande contradição do Estado de Exceção, que foi criado para defender as instituições democráticas. No entanto, criou-se um instrumento e recurso para desestabilizar as instituições pelas quais deveriam lutar defender e apoiar.

2.2 - Estado de Exceção e as leis brasileiras

Pode um líder suspender as garantias fundamentais no país? A resposta fundamentada na Constituição brasileira *lus est.*

O Estado de Exceção é previsto nos seus artigos 136 e 137 conforme Brasil (2011, p. 70-71).

> Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

> Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio […]

Para que haja este Estado de Exceção, prevê algumas características tratadas no artigo 136 de acordo com Brasil (2011, p. 70-71), os quais são:

> – Suspensão do sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas;
> – Suspensão do direito de reunião;
> – Suspensão da exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;
> – Suspensão do direito de propriedade.

Deve ser ressaltado que a Constituição determina também que esse Estado de Exceção tenha caráter extraordinário e temporário. Ou seja, não pode ter um tempo indefinido. Sobre o estado de exceção diz Bahia (2020):

> O grande risco em relação à utilização dessa medida é que dado o seu caráter antidemocrático, sua natureza temporária pode se tornar permanente, abrindo margem para que uma ditadura constitucional seja implantada. Destarte, para garantir a integridade da democracia em períodos de grande alvoroço nacional, o papel da sociedade civil mostra-se estritamente necessário. Para lidar com esta situação de modo efetivo, os governos necessitam da cooperação dos cidadãos, sendo, pois, injustificada a supressão total dos direitos e garantias constitucionais.

Em sendo assim, não deveria ser permito que este Estado não fosse somente pontual, tempestivo e transitório.

3. O ESTADO DE ANORMALIDADE

No estado de anormalidade ou de exceção, encontra-se um poder superior que decide as opções políticas da sociedade - o soberano - que tem o poder de decisão sobre este modelo de Estado.

Neste modelo de Estado, não existe separação de poderes, muito menos, ordem legal e constitucional. As garantias e os direitos fundamentais ficam suspensos e tudo passa a ser decidido por um poder titularizado de supremo.

O Estado de Exceção, tal como o seu próprio nome já diz, é exceção, ou seja, algo que não poderia ocorrer sempre nem ser permanente; ou ainda, seria um mecanismo que, quando necessário, deveria ser usado em caráter excepcional. Entretanto, não é isso que vem acontecendo nas democracias contemporâneas; pelo contrário, a exceção tem se tornado a regra, o ilícito parece ser lícito e a exceção funda-se de forma permanente, nas democracias, como medida de proteger a política, a economia e o governo e, com o surgimento da COVID – 19, não tem sido diferente.

Os fatos sociais são transformados em lei, decretos, resoluções e a lei (o direito) em fatos, de modo que ocorre uma inversão de valores dentro da própria democracia, que perde sua originalidade com a instituição de mecanismos de exceção, que perde sua própria essência, aproximando-se mais de um Estado total do que de um Estado democrático constitucional.

A instituição indiscriminada de mecanismos de exceção, em um país continental e multicultural como o nosso, sem qualquer razão técnica e científica como, por exemplo, o toque de recolher, a proibição de sair às ruas, o fechamento de restaurantes, bares, escolas e

universidades; a proibição de reuniões entre outros, a imposição de medicamentos na rede pública de saúde, ferem a ordem jurídica e constitucional. As garantias e os direitos fundamentais são suspensos, em razão da necessidade de se instituir e ninguém sabe ao certo o porquê, um estado anormal. Os direitos continuam existindo, porém, não podem ser efetivados ou até mesmo aplicados porque a emergência e a exceção fazem com que sejam suspensos.

Portanto, quando os poderes constituídos criam atos normativos com a intenção de barrar a evolução da COVID-19, na intenção de diminuir o número de casos e agilizar a solução dos já existentes, eles, na verdade, criam um estado de emergência e instituem um verdadeiro Estado de Exceção suspendendo, de forma permanente, a Ordem e a Democracia.

Com as medidas editadas para barrar a COVID 19, e dizemos isso de uma forma geral, ocorre uma verdadeira suspensão do estado de normalidade e a implementação de um estado anormal, para não dizer estado do medo. Segundo Agambem (2004, pg.15) "O estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite."

No Estado de Exceção, como visto, ocorre a suspensão dos direitos e da Constituição, em que há um deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo dominante na política contemporânea. De acordo com Agambem (2004, pg. 21-22) Faz-se da exceção a regra:

> O estado de exceção agora tornou-se regra. Na era atômica em que o mundo agora entra, é provável que

> o uso dos poderes de emergência constitucional se torne a regra e não a exceção; ou de modo ainda mais claro, no fim do livro: "Descrevendo os governos de emergência nas democracias ocidentais, este livro pode ter dado a impressão de que as técnicas de governo, como a ditadura do executivo, a delegação dos poderes legislativos e a legislação por meio de decretos administrativos, sejam por natureza puramente transitórias e temporárias. Tal impressão seria certamente enganosa[...]. Os instrumentos de governo descritos aqui como dispositivos temporários de crise tornaram-se em alguns países, e podem tornar-se em todos, instituições duradouras mesmo em tempo de paz.

Portanto, como demonstrado, a edição desarmônica de atos normativos pró ou contra pandemia pelos executivos Federal, Estadual, Municipal e Distrital, em razão da competência concorrente que lhes foi concedida pelo STF, na qualidade de guardião da Constituição, faz suspender os direitos fundamentais, pois a necessidade parece tornar o que é ilícito, lícito, e o fato transforma-se em Direito e o Direito em fato. Ocorre uma inversão de valores. A necessidade e a emergência parecem justificar a inversão dos valores e autorizar a mudança de paradigma no modelo de estado.

Assim, o Estado de Exceção tende, cada vez mais, a se apresentar como paradigma dominante na política contemporânea conforme Agambem (2004, pg. 17), pois:

> O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de

> um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.
> A expressão plenos poderes *(pleins pouvoirs*), com que, às vezes, se caracteriza o estado de exceção, refere-se a ampliação dos poderes governamentais e, particularmente, à atribuição ao executivo do poder de promulgar decretos com força de lei...O pressuposto aqui é que o estado de exceção implica um retorno a um estado original "pleromatico" em que ainda não se deu a distinção entre os diversos poderes (legislativo, executivo etc). Como veremos, o estado de exceção constitui muito mais um estado "Kenomatico", um vazio de direito.

No Estado de Exceção, a lei existe e está em vigor não podendo ser aplicada. Em contrapartida, outros fatos que não têm força normativa, nem valor de lei, adquirem força e são aplicados, como acontece com os atos editados pelos executivos Federal, Estadual, Municipal e Distrital, neste período pandêmico que estamos vivendo. A exceção se torna a regra e isso fere a normalidade instituindo um verdadeiro Estado de Exceção permanente.

O Estado de Direito, que é o Estado da legalidade, ou pelo menos deveria ser, com a pandemia, passa a ser o Estado da Exceção, pois existe uma supervalorização de atos normativos. Ficando a decisão e o controle a um só poder (Executivo) tido por soberano, posto que tem o poder de decidir em um Estado de Exceção.

Legalizar os atos editados pelo Executivo em período de pandemia, sem efetivamente legitimá-los democraticamente, é o mesmo que decidir em um Estado de Exceção.

4. CONCLUSÃO

Podemos concluir, a partir das elucidações aqui discutidas, que atos normativos decorrentes da pandemia, limitadores dos direitos e garantias fundamentais vêm sendo usados indiscriminadamente pelos poderes constituídos do Estado, em especial, pelo Poder Executivo, como mecanismo de controle econômico, político, social e jurídico, causando uma diminuição na liberdade dos cidadãos integrantes do regime democrático contemporâneo, politizando a justiça e jurisdicionalizando a política.

Essas práticas têm se mostrado constantes nos regimes democráticos contemporâneos, mesmo em tempos normais, em elevado grau de incompatibilidade, com o regime constitucional em que reina o princípio democrático, cambiando toda a ordem jurídica constitucional, suspendendo a Democracia.

Nas democracias contemporâneas, em tempos de pandemia, a exceção se transforma em regra e a regra em exceção; desaparece a incompatibilidade existente entre o Estado Democrático e o Estado Absoluto, as práticas paradigmáticas do Estado de Exceção, bem como transformam o que é certo em errado.

Giorgio Agamben compreende bem esta mudança, no paradigma do Estado, quando explica que o Estado de Exceção não deve mais ser compreendido como exceção, mas sim como regra, pois tem sido usado com maior intensidade, como técnica de governo. A exceção se transforma em paradigma de governo nos regimes democráticos, causando indeterminação entre o que é democrático e o que é absoluto.

As democracias contemporâneas têm se valido do paradigma do Estado de Exceção como técnica de governo e não tem sido diferente neste período de pandemia. Essa prática faz crer que os Regimes Democráticos não são, em essência, democráticos. A Democracia perde sua identidade, confundindo-se com o que deveria, a princípio, se apresentar somente de forma excepcional.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**, 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEM, Giorgio. **l'invenzione di un'epidemia.** Disponivel em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>. Acesso em 20 Out. 2020.

AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 121-122.

BAHIA, Charles Nunes. **Estado de exceção: uma afronta à supremacia dos direitos fundamentais?** Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13895#_ftn8> Acesso 12 Out. 2020.

BARBOSA, Estefanea Maria de Queiros. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. In: Dissertação (mestrado) – Pontificia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, p. 142.

BRASIL. **Constituição Federativa da Republica do Brasil**: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 67/2010, pelo decreto nº 186/2008 e pelas emendas constitucionais de revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal subsecretaria de edições técnicas, 2011, 578 p

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPELLETTI, Mauro . **Repudiando Montesquieu. A expansão e a Legitimidade da "Justiça Constitucional"**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, mar. Abri. 2003, p. 138.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DIAS, Elias. **Estado de derecho y Sociedade democrática**, p. 121. Apud José Afonso da Silva, p. 120 19ª edição, Curso de Direito Constitucional Positivo, ed. Malheiros, 2001. São Paulo.

GARCIA – PELAYO, Manoel. **Derecho Constitucional Comparado**. Reimpr. Madrid: Aliança, 1993. (Aliança Universidad Textos 86) p. 68.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Estado de exceção e anormalidade constitucional no contexto da CF.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-29/embargos-culturais-estado-excecao-anormalidade-constitucional > acesso 12 Out. 2020.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERLE, Peter. **A sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição, contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.Porto Alegre:Sergio Fabris, 2002.

LANCELLOTTI, Gabrielle. Como se formou o nome COVID-19?. Disponível em <https://tecnoblog.net/339642/como-se-formou-o-nome-covid-19/ > acesso em 11 Set.2020.

LASSALE, Ferdiand. **O que é uma Constituição**, trad. Hildomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder; 2002. p. 48.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia Política**. In: SOUZA NETO,

Cláudio Pereira de et al. Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Curso de Derecho político**, Madrid, Editorial Tecnos, 1974, vol II, p. 230 e 231.

MACHADO, Fábio Cardoso e Rafael Bicca. **Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às sumulas de jurisprudência: objeções de ordem cronológica, sociocultural e político-juridica.** In: A reforma do Poder Judiciário. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 272 e 273.

MAULAZ, Ralph Batista de. **Estado de Direito: discussão a partir da formação do Estado moderno e do direito contemporâneo**. Franca: Faculdade de Direito, 2001. p. 170. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNIFRAN, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Second, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Muracho. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996p. 175.

QUEIROS, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial:sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 109.
SILVA, José Afonso.**Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001.

SHIMITT. Carl. **Teoria de la Constitución**. 2ª ed.Trad. Francisco Ayla. Madrid: Alianza, 1992.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional . Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

STEN, Klaus. **O juiz e a aplicação do direito**. In: Grau, Eros Roberto; Guerra Filho, Willes Santiago (org). Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13(p 505 a 515). (STEN, 2001, p.13)

VOLTARE, Emerson**. Estados e municípios criam 10 mil leis durante a epidemia do novo coronavírus**. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2020-jun-01/estados-municipios-criaram-10-mil-leis-durante-epidemia > acesso em 12 Out. 2020.
(VOLTARE, 2020)

VIII. COVID-19: CRISE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: SISTEMA PRISIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Beatriz Yoko Miyamoto[1]
Camila Viríssimo Rodrigues da Silva[2]
Matheus Henrique dos Santos Pereira[3]

RESUMO: Este estudo tem como objetivo transparecer as constantes imprudências do Estado em relação ao sistema carcerário, os quais ocasionam diversos problemas, em que um deles é a dificuldade atual em relação ao Covid-19 e a sua contenção e prevenção dentro dos presídios brasileiros. Mostra também a ineficácia dos métodos adotados que vêm gerando um grande aumento na mortalidade das Pessoas Privadas de Liberdade (PPL), mas não somente. Objetiva ainda apresentar as diversas negligências e inconstitucionalidades que ocorrem em relação aos direitos e garantias fundamentais dos detentos nesse tempo de pandemia, em que a assistência à saúde e higiene são essenciais; mas, também, as mudanças nas penas e execuções penais e as políticas públicas que foram aderidas pelo Brasil, para a contenção desta propagação.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19. Sistema Carcerário. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This study aims to reveal the constant imprudences of the State in relation to the prison system, which cause several problems, one of which is the current difficulty in relation to Covid-19 and its containment and prevention within Brazilian prisons, showing the ineffectiveness of adopted methods that have been generating a great increase in the mortality of Persons Deprived of Liberty (PPL), and not only, to present the several negligences and unconstitutionalities that occur in relation to the fundamental rights and guarantees of detainees in this time of pandemic, where health care and hygiene are essential, but also, changes in penalties and criminal executions and public policies that have been adhered to by Brazil to contain this spread.

---

[1] Acadêmica do 4º semestre do Curso de Direito da Instituição Unicesumar, estudante; e-mail: beatriz.miyamoto@hotmail.com.
[2] Mestre em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá; Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina e Bacharel em direito; graduada pela Faculdade Nobel; professora da graduação e da pós-graduação da UNICESUMAR; com endereço eletrônico: camilavrs@hotmail.com.
[3] Acadêmico do 4º semestre do Curso de Direito da Instituição Unicesumar, estudante; e-mail: hsp.matheus@hotmail.com.

KEYWORD: Covid-19. Prison System. Unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que o sistema carcerário brasileiro se encontra em uma situação de precariedade de todas as formas, sendo a saúde uma delas. Diante disso, a atual pesquisa é em prol de demonstrar neste contexto a situação das pessoas que vivem no sistema carcerário nesses tempos de pandemia e, também, como as imprudências resultaram nos problemas que existem atualmente em relação a contenção do aumento da mortalidade dos detentos.

Além disso, são apresentadas as recomendações que foram dispostas para as penas e execuções penais brasileiras, mostrando também as políticas públicas que o Governo federal decidiu acatar para conter o avanço dessa pandemia e apresentar as diversas reações que a Pessoas Privadas de Liberdade estão apresentando em relação às medidas que estão sendo adotadas.

Dessa forma, este artigo tem a finalidade de transmitir a realidade com dados sobre como as autoridades responsáveis pelo sistema carcerário vêm lidando com esses problemas, juntamente com esse novo vírus que vem contaminando os encarcerados de forma desenfreada. Também busca pôr em pauta o nível de preocupação do Estado com a situação das pessoas que se encontram neste momento de caos.

Com base nesta análise, esperamos expor a negligência e a inconstitucionalidade das prisões, demonstrando que são necessárias mudanças significativas, não somente em tempos de pandemia, mas, sim, há necessidade de uma reestruturação geral desse sistema, pois a

falta de condições necessárias para um cumprimento de pena harmônico da população carcerária não chegam nem perto de ser no mínimo dignas e são capazes de evidenciar o descaso que as autoridades têm em relação ao alto aumento de mortalidade por doenças no sistema carcerário brasileiro.

2. RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020: O DIREITO PENAL EM TEMPOS EPIDÊMICOS

Em razão da pandemia, a necessidade de alterações em relação à execução penal e à pena se tornaram uma necessidade. Diante disso, algumas medidas foram tomadas na tentativa de impedir ainda mais a disseminação do novo vírus; uma delas, a RECOMENDAÇÃO Nº 62, DE 17 DE MARÇO DE 2020, recomenda aos magistrados, com competência sobre a execução penal, que considerem as seguintes medidas para o combate ao vírus:

> I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que

> favoreçam a propagação do novo coronavírus; II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária; III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução; IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal; V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias; Parágrafo único. Em caso de adiamento da concessão do benefício da saída temporária, o ato deverá ser comunicado com máxima antecedência a presos e seus familiares, sendo-lhes informado, assim que possível, a data reagendada para o usufruto, considerando as orientações das autoridades sanitárias relativas aos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do novo coronavírus. (Recomendação CNJ nº 62/2020, p.6, 2020.)

Seguindo o mesmo intuito, o Departamento Penitenciário Nacional vem adotando, em parceria com o Ministério da Saúde e outros órgãos, diversas medidas, com o fim não só de conter o avanço da doença nos estabelecimentos prisionais – por exemplo, separação imediata dos presos que ingressam via prisão em flagrante ou

transferências e criação de áreas específicas para isolamento de presos acometidos de sintomas gripais, como também de tratar os infectados. (CÍCERO, 2020)

Tais medidas também se fazem presentes na RECOMENDAÇÃO Nº 62, DE 17 DE MARÇO DE 2020, em seu Art. 10, o qual recomenda o procedimento a ser adotado para os casos suspeitos ou confirmados de Covid-19, no âmbito dos sistemas prisional e socioeducativo, devendo ser adotadas as seguintes providências:

> I – separação de pessoa que apresentar sintomas envolvendo tosse seca, dor de garganta, mialgia, cefaleia e prostração, dificuldade para respirar, batimento das asas nasais ou febre, ou que teve contato próximo de caso suspeito ou confirmado de infecção pelo vírus, bem como o encaminhamento imediato para implementação de protocolo de tratamento de saúde previsto pelo Ministério da Saúde para os casos suspeitos de Covid-19 e sua devida notificação à Secretaria Municipal de Saúde; Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça II – encaminhamento imediato para tratamento em unidade de saúde de referência das pessoas que apresentem dificuldades respiratórias graves associadas à Covid-19; III – comunicação imediata ao juízo competente para avaliar a substituição da prisão ou medida socioeducativa de meio fechado por medida não privativa de liberdade, particularmente na ausência de espaço de isolamento adequado ou de equipe de saúde, nos termos da presente recomendação. Parágrafo único. Deve ser assegurado o pleno direito à informação sobre as providências adotadas em virtude de suspeita ou confirmação de diagnóstico de Covid-19 às pessoas privadas de liberdade, bem como a seus familiares e

> defensores. (Recomendação CNJ nº 62/2020, p.11, 2020.)

Além do apresentado, desde a constatação da gravidade que o vírus representa, vem se aplicando como meio de combate ao contágio a alteração para a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, concessão de prisão domiciliar para pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto e também recomenda-se considerar a pandemia como motivo para a não realização de audiências de custódia. (VICENTE; SILVA, 2020.)

Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, divulgado em 9 de abril de 2020, pelo Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil possuía, até dezembro de 2019, uma população prisional de 748.009 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Considerando que o sistema prisional possui 441.147 vagas, o Brasil possui uma taxa de ocupação de 169% e encontra-se com a 3ª maior população prisional do mundo. (SÉRIO et al., 2020.)

Uma pesquisa direta realizada junto à DPERJ demonstra que, no período de setembro de 2019 a fevereiro de 2020, o índice de concessão de liberdades provisórias foi de 32%; enquanto de 19 de março a 17 de maio do corrente ano, a média de decisões que concederam a liberdade provisória foi de 37%. Em relação à reavaliação da necessidade das prisões provisórias de pessoas com mais de 60 anos, em observância à recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, de 128 casos analisados, 54 tiveram sua prisão provisória reavaliada pela(o) magistrada(o) (42%); porém, em 74 deles, não houve nenhuma decisão judicial de reavaliação (58%). (SÉRIO et al., 2020.)

Das decisões de reavaliação, 29 foram de concessão da liberdade provisória ou substituição por prisão domiciliar (54%) e 25 de manutenção da prisão (46%). Entre os argumentos das decisões pela manutenção das prisões pelos juízos naturais, a maioria delas (14) teve, exclusivamente, o único argumento de não haver alteração fática ou jurídica para os casos. (SÉRIO et al., 2020.)

Isso revela que a execução penal e a aplicação das penas continuam a se fazer presentes na atual situação; porém, se fez necessária sua adaptação, para que a sua atuação ocorra de maneira mais eficaz, em prol de manter intactos os direitos daqueles que fazem parte do sistema prisional brasileiro.

3. AS MORTES POR COVID-19 AVANÇAM NAS PRISÕES

Atualmente, diante da enfermidade epidêmica, sem precedentes, que assola o Brasil e o mundo, não há a possibilidade de medir as consequências no sistema carcerário; estas que só serão aferidas no futuro, além de que não sabe até onde e até quando esse caos perdurará.

O colapso pandêmico chegou ao Brasil em um tempo em que o sistema de saúde prisional encontra-se em uma condição de fragilidade e sobrecarregado; problemas que resultam em mortalidade por doenças infecciosas potencialmente curáveis. Porém, se esse sistema não consegue controlar o contágio dessas doenças, vem a questão de como irá conseguir controlar que não haja novas vítimas desse novo vírus, uma vez que existem na PPL (pessoas privadas de liberdade) idosas e/ou portadoras de doenças que auxiliam a evolução do Covid-19 para formas mais graves e até mesmo fatais. Além disso,

gestantes e mães com suas crianças também constituem essa parte da população mais vulnerável. (SÁNCHEZ et al., 2020.)

É necessário o desenvolvimento de medidas judiciais de desencarceramento, para que, assim, seja possível reduzir a superlotação que pode alcançar a taxa de 300% em algumas unidades prisionais. Diante disso, a pandemia exige resposta rápidas, especificamente em países subdesenvolvidos e emergentes, onde são significativas as condições desumanas e as altas taxas de aprisionamentos. (SÁNCHEZ et al., 2020.)

Em virtude disso, deve-se levar em consideração o Princípio do *Numerus Clausus* (Número Fechado), este que é definido por Rodrigo Duque Estrada como "o princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova estrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução". (ROIG, P.48, 2020)

> Em 1989, Gilbert Bonnemaison, deputado do Partido Socialista francês, encaminhou ao Ministro da Justiça um relatório com diversas propostas para a modernização do serviço público penitenciário da França. Entre as propostas, foi apresentada a ideia do numerus clausus, que consistia na obrigatoriedade de que o número de presos em um estabelecimento penal atendesse ao número exato (fechado) de vagas disponíveis, de modo que, uma vez ultrapassada a capacidade máxima do estabelecimento, deveriam ser escolhidos os presos com melhor prognóstico de adaptabilidade social, impondo-lhes a detenção domiciliar com vigilância eletrônica. (ROIG, P.48, 2020)

No Brasil, durante pandemia, a decisão do Ministro da Justiça e da Segurança Pública, em manter o alto índice de encarceramento, reforça uma estratégia negacionista, que se conceitua como a insistência do Estado de burlar as recomendações da comunidade científica internacional; esta que nos alerta de que o distanciamento social é a principal medida para retardar o número de contágios.

Entretanto, existe um grande debate sobre uma falsa dicotomia. De um lado, está a segurança pública, que enxerga como um grande risco em liberar a PPL (pessoas privadas de liberdade); e do outro lado, está a percepção e preocupação com o risco de infecções e de morte por Covid-19, em relação as pessoas encarceradas. Essa preocupação não atinge a consciência de todos, e alguns resistem às medidas desencarceradoras contidas na Recomendação nº 62/2020 do CNJ (Recomendação CNJ nº 62/2020, 2020.), que prevê a possibilidade de métodos alternativos de detenção para alguns delitos, em prol da diminuição da quantidade de pessoas nos presídios.

Com base nas atitudes de contrariedade das recomendações das autoridades sanitárias, o país continua a manter o encarceramento em demasia, desconsiderando o grave risco à vida e à saúde da PPL (pessoas privadas de liberdade), gerando assim o questionamento do porquê o Brasil vem ignorando os efeitos dramáticos da entrada e proliferação deste novo vírus em um sistema prisional já superlotado, precário, insalubre e responsável por todo tipo de violação aos direitos humanos. (ELAINE at al, 2020.) Com essa postura, fica evidente que a PPL não é uma das prioridades do governo, pois, em contexto de

pandemia, nada tem se modificado com relação às já existentes condições de detenção no Brasil.

Nas prisões brasileiras, há a precária assistência à saúde de presos, pela falta de medicamentos e de profissionais contratados, a existência de doenças, a escassez dos alimentos, o intenso sofrimento emocional, a falta de leitos e colchões, a falta de luz elétrica e água potável, em unidades de detenção superlotadas e sem adequada ventilação, entre outros determinantes, que fazem com que o Covid-19 encontre as condições favoráveis para a sua proliferação. (ELAINE at al, 2020.) Mediante ao exposto, Rodrigo Duque Estrada esclarece que:

> O princípio da humanidade encontra-se consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante – art. 5º), nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (o confinamento solitário indefinido, o confinamento solitário prolongado, o encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada, os castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso e castigos coletivos, bem como todas as formas de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes devem ser proibidas como sanções disciplinares – Regra 43) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (ao dispor que toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana – art. 10, item 1). (ROIG, P.18, 2018.)

Enfim, embora essas condições de situação estejam registradas, provadas e denunciadas pelos organismos de direitos humanos, o governo e parte importante da sociedade civil, parecem ignorá-la. Enquanto isso, é fato que existem casos de Covid-19 nos

presídios brasileiros; porém, a maioria deles subnotificados, criando assim a falsa sensação de que o problema está controlado.

Diante de tal pandemia, se torna inegável o fato de que, ao se analisar as estatísticas, o sistema prisional se tornou uma das maiores vítimas do Covid-19. Até o dia 15 de junho, foram registrados 5.754 casos confirmados de Covid-19 nas penitenciárias brasileiras, e 95 óbitos, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Os dados apontam que, entre 15 de maio e 15 de junho, cresceu em 180% o número de casos confirmados. (FREITAS, 2020) Em relação somente às pessoas presas, foram registrados 2.605 casos confirmados e 54 óbitos, e o maior número de casos está no Distrito Federal, que já registrou 885 casos. O número de mortes, porém, é maior em São Paulo e no Rio de Janeiro, os quais já somam mais de 13 e 12 mortes, respectivamente. Já em relação aos servidores, o número de casos é de 3.149, com 41 óbitos confirmados. (FREITAS, 2020)

Na população livre, estima-se que cada infectado contamine duas a três pessoas. Dadas as condições de encarceramento nas prisões brasileiras, pode-se estimar que um caso contamine até 10 pessoas. Assim, em uma cela com 150 PPL (pessoas privadas de liberdade), 67% deles estarão infectados ao final de 14 dias, e a totalidade, em 21 dias. A maioria dos infectados (80%) permanecerá assintomática ou desenvolverá formas leves; 20% progredirão para formas mais graves que necessitarão hospitalização, dos quais, 6% em UTI. (SÁNCHEZ et al., 2020.)

Sabe-se que, em razão das condições de insalubridade, a população carcerária está mais sujeita a contrair infecções respiratórias, sendo acometidas por doenças que causam imunossupressão. Apesar

disso, o acesso dos presos à assistência é pior, em termos proporcionais, ao restante da população brasileira. Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM), há no sistema carcerário, 1 médico para 687 custodiados; enquanto na população total, essa relação é de 1 para 460 habitantes. Além disso, um levantamento realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 1439 unidades prisionais, mostra que 31% delas não oferecem assistência médica. A situação é mais grave nas unidades do Nordeste, que apresentam uma média de 42,7% das prisões sem atendimento. (YANINA, 2020.)

Analisando de forma objetiva o sistema carcerário, a partir da visão e dos princípios da execução penal, fica evidente a disfunção exercida pelo sistema nesse tempo de pandemia, ainda mais em relação ao seu objetivo para com o encarcerado. Nas palavras de Rodrigo Duque Estrada Roig, "as péssimas condições carcerárias sujeitam as pessoas presas a penas que ultrapassam a mera privação da liberdade, a elas acrescendo sofrimentos físicos, psicológicos e morais." (ROIG, P,21, 2018.) E complementa:

> É possível afirmar que o princípio da humanidade constitui o cerne de uma visão moderna e democrática da execução penal, pautada pela precedência e ascendência substanciais do ser humano sobre o Estado 33 e pela necessidade de reduzir ao máximo a intensidade da afetação individual. Possui, portanto, o escopo maior de capitanear a construção de uma política criminal redutora de danos, considerando – nas lições de Pavarini 34 –, que a contradição entre cárcere e democracia não pode ser resolvida, mas apenas contida, por meio de uma política humanizante. (ROIG, p.22, 2018.)

Tais posicionamentos estão presentes não só no âmbito doutrinário, como também em grande parte da legislação vigente, como no Art. 5º, III, da CF, reforçando a percepção do descaso governamental para com os acontecimentos recentes e a violação da dignidade, da moral e da integridade dos encarcerados, demonstrando a necessidade imediata de intervenção para a defesa dos direitos fundamentais dos envolvidos.

4. COVID-19 E A NEGLIGÊNCIA EM RELAÇÃO AO SISTEMA CARCERÁRIO

É de total importância salientar sobre o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, esta que dispõe que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." Portanto, a saúde é um direito fundamental inerente a toda e qualquer pessoa.

Temos dessa maneira que as penas nas prisões devem ser somente em razão de privar o apenado de sua liberdade ambulatorial e não de limitações ou exclusões de sua dignidade. Dessa forma, a assistência em relação aos cuidados e prevenções de doenças deve ser assegurada aos indivíduos que compõem a sociedade brasileira, independentemente de suas características pessoais. Deste modo, nas palavras de Garrido Winter: “A promoção da saúde não está direcionada apenas à prevenção da doença. A promoção da saúde envolve fatores como a busca pela qualidade de vida, garantindo que a população viva

em ambiente saudável e protegida contra riscos de adoecimento.”. (LUCERO; EDUARDO, 2019)

Consequentemente, é possível observar que nos estabelecimentos prisionais as condições são precárias de salubridade, superlotação e carência de recursos, que contribuem para o processo de disseminação de uma pluralidade de doenças que aparecem em incidência superior à observada fora dos limites prisionais. No Brasil, antes mesmo dos primeiros casos de Covid-19, o sistema prisional já apresentava uma alta incidência de doenças tratáveis, decorrente de uma situação de precariedade e crise sanitária.

Diante de informações do ministério da saúde, apuradas pela Agência Pública, foram mais de 10 mil casos de tuberculose entre detentos em 2018, além disso, os dados mostram que para cada 10 confirmados da doença no Brasil, um ocorreu em penitenciarias, o que nos leva a concluir que há uma chance 35 vezes maior de contrair a doença. Portanto, os dados apontam para a fragilidade da saúde dos presos, especialmente em relação a doenças infectocontagiosas. (MUNIZ; FONSECA, 2020)

Sabe-se que em razão das condições de insalubridade, a população carcerária está mais sujeita a doenças, além de que o acesso dos presos à assistência é pior do que ao restante da população brasileira. (YANINA, 2020)

Além da crise sanitária, os presídios enfrentam uma situação de falta de insumos, como água e produtos de higiene. Portanto, pode-se observar a ilegitimidade do sistema carcerário brasileiro, colocando em pauta as garantias do Estado com a PPL; nas palavras de Noberto Avena, “visando a prevenir a prática do delito e a reincidência, bem

como a orientar o retorno dos segregados ao convívio social, arrola o art. 11 da LEP as espécies de assistência a que terão eles direito: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. O dispositivo vai ao encontro do art. 41, VII, da LEP, ao dispor como direitos do preso essas formas de assistência.”. (AVENA, p. 120, 2014)

Em vista disso, as condições de aglomeração e higiene não nos deixam dúvidas de que a propagação do Covid-19, nas prisões, seguirá de elevada mortalidade. Nesse sentido, “o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e setores do Ministério Público Federal (MPF) defendem a liberação de parte dos detentos do país, posto que aliviar a superlotação é uma forma de evitar uma crise sanitária grave nas prisões.”. (YANINA, 2020)

Com isso, nas recomendações de nº 62/2020 do CNJ, que foi divulgada pela ONU, incentivam medidas ao sistema de justiça penal e socioeducativo, em que o documento mostra a total necessidade nesses tempos da soltura ou conversão em prisão domiciliar, porém, mesmo com as recomendações, o Estado do Paraná decidiu não dar importância nas medidas propostas e, assim manteve o isolamento de presos infectados como modelo de ação, pois eles garantem que ainda que seja importante garantir a proteção de detentos mais vulneráveis, as recomendações não devem ser utilizadas para colocar presos perigosos em liberdade. (FERNANDES, 2020)

Dessa maneira, se não forem tomadas medidas em prol de garantir a segurança sanitária nos presídios brasileiros, será possível vivenciar um massacre dessa população. Além disso, tal situação vem se agravando pela falta de transparência dos dados da população infectada nos presídios, pois há a omissão de informações por parte dos órgãos

oficiais e o descumprimento das medidas obrigatórias que são impostas. (YANINA, 2020)

4.1 Inconstitucionalidade do Sistema Carcerário e a COVID-19

O entendimento de que o sistema carcerário brasileiro funciona às margens das regras internas vigentes e das regras internacionais, não é de hoje. E como se não bastasse, fica ainda mais evidente, com a aparição da pandemia causada pelo Covid-19, o desinteresse estatal em proporcionar melhores condições e estrutura para que o encarcerado possa cumprir sua pena de modo eficaz e com possibilidades reais de ressocialização. Nas palavras de Marcão Renato:

> São conhecidas as dificuldades que encontram os estigmatizados com a tatuagem indelével impressa pela sentença penal, no início ou mesmo na retomada de uma vida socialmente adequada e produtiva. A parcela ordeira da população, podendo escolher, no mais das vezes não faz a opção de contratar ou amparar um ex-condenado, seja qual for o delito cometido, até porque reconhece a falência do sistema carcerário na esperada recuperação, mas desconhece ou não assume sua parcela de responsabilidade na contribuição para a reincidência. (MARCÃO, p. 25, 2012)

A Constituição Federal de 1988, em seu Art.5º, III, estabelece "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante." Como não considerar desumano e degradante a situação de ser obrigado a conviver na superlotação dos presídios, enquanto aqueles que seguem em liberdade cumprem recomendações de isolamento social para evitar a disseminação do novo vírus?

> O Estado de Direito brasileiro, cujos elementos basilares são a Democracia e o Republicanismo, possui como um de seus objetivos a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CF) e como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), além de preconizar a não submissão a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF), a tutela da integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX, da CF) e o respeito à intimidade e vida privada das pessoas presas (art. 5º, X, da CF) e às condições mínimas exigidas em matéria e saúde e higiene (arts. 6º e 196 da CF), todas prejudicadas pela superlotação. (ROIG, p. 52, 2018)

Desse modo, acentua-se o papel dos órgãos de fiscalização do sistema de justiça (em especial, o Ministério Público e a Defensoria Pública) e da sociedade civil (como o Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura), para conhecer a real situação epidemiológica e assegurar que as medidas preconizadas sejam efetivamente implantadas. Ainda segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), as decisões clínicas devem ser tomadas por profissionais da área da saúde e não devem ser ignoradas ou anuladas por outros funcionários da prisão. O surto do COVID-19 não pode justificar restrições que constituam tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, nem deve ser usado para impedir inspeções externas por órgãos internacionais ou nacionais independentes. (SÁNCHES, et al., 2020)

É um equívoco pensar que com isolamento coletivo dos presos e a limitação de informação sobre a situação nas unidades prisionais permitirão evitar a disseminação da COVID-19 no universo carcerário. São necessárias e eticamente indispensáveis a efetiva implantação, com

toda a transparência, de estratégias de enfrentamento e vigilância cientificamente fundamentadas e similares às preconizadas para a população geral, para evitar o risco de um drama humanitário que transformaria, mais do que nunca, a prisão no epicentro da necropolítica. (SÁNCHES, et al., 2020)

5. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO AO COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL

Diante do caos atual que atinge o sistema carcerário brasileiro, é possível evidenciar a aplicação de algumas políticas públicas que o Governo Federal vem tomando para conter o avanço da pandemia e também a reação que os detentos estão apresentando diante das medidas que vem sendo adotadas.

Além das prevenções nacionais, há as medidas internacionais que estão sendo tomadas a respeito dessa questão, sendo essas desde as recomendações da ONU de como lidar com essa situação, até efetivas ações tomadas pelos países e os impactos que elas geraram no cárcere.

5.1 Ações interministeriais

O Governo Federal brasileiro, na tentativa de assumir o controle da propagação do Covid-19 nos sistemas prisionais, obteve algumas atitudes após a edição da Lei 13.979 de fevereiro de 2020 (CONGRESSO NACIONAL, LEI Nº 13.979, 2020). Esta que veio com a finalidade de apresentar as devidas instruções normativas, que o país deveria tomar diante da pandemia.

Em seguida, o Concelho Nacional dos Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária

do Brasil (CONSEJ) e o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) publicam uma nota de recomendação aos estados; estas que instruíam tomar as devidas medidas impostas pelo Governo Federal para a prevenção desse novo vírus. Além disso, recomendava que fosse dada atenção especial aos presos e servidores do sistema penitenciário em relação à campanha de vacinação contra a gripe comum, sendo eles incluídos no primeiro grupo de vacina. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

Uma das primeiras ações do Ministério da Justiça, juntamente com o Ministério da Saúde, foi baseada nos artigos 7º (Portaria Interministerial nº 5, 2020) e 9º (Portaria Interministerial nº 5, 2020) da Portaria Interministerial nº 5, as quais estipulavam que, se um indivíduo cometesse uma infração de menor potencial ofensivo relacionada ao rompimento do estado de isolamento, este não seria encaminhado para a unidade prisional, desde que se dispusesse a assinar um termo circunstanciado, no qual se propusesse a cumprir o estabelecido pela Lei 13.979/20.

No caso de infração grave, cometida no período de quarentena, o indivíduo deveria ser encaminhado para a unidade prisional, sendo mantido separado dos demais presos, para que se pudesse garantir a proteção dos demais detentos.

Posteriormente às medidas referentes ao sistema interno dos presídios, veio pela Portaria Interministerial nº 7 (Portaria Interministerial nº 7, 2020), na qual se destaca o afastamento de atividades laborais de servidores que compusessem grupo de risco, a proibição de visitas aos presidiários e a alteração na forma de transporte de custodiados.

A atitude de proibir as visitas causou um grande impacto nos presídios, pois os detentos só possuíam contato com a sua família nesses momentos. Isso ocasionou tumultos e protestos em presídios brasileiros e, se não fossem controlados, poderiam piorar a situação que o sistema prisional já estava enfrentando.

Sendo assim, foi necessária uma nova fórmula de contato entre encarcerados e suas famílias, seja por telefone ou videoconferência, pois essa restrição poderia provocar impactos no bem-estar, nas saúdes mentais, aumentando níveis de ansiedade, e configurando mais uma violação ao princípio da dignidade humana.

Analisando a necessidade de aumentar o número dos repasses financeiros para a contenção da pandemia e para que se fizesse cumprir as medidas impostas às unidades prisionais, o Ministério da Justiça editou a Portaria 143 de 25 de março de 2020, esta que autorizava a reformulação e revisão dos planos de aplicação das ações destinados a financiar e apoiar atividades e os programas de modernização e aprimoramento dos sistemas penitenciários, a serem custeados com recursos do repasse fundo a fundo do exercício de 2019, de forma a adequá-los à situação emergencial dos efeitos da pandemia nos ambientes prisionais. (Portaria Interministerial nº 7, 2020)

Ao adotar essas orientações, o Concelho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) editou a Resolução nº 4 de 23 de abril de 2020, esta que é referente à administração da justiça por parte dos juízes da execução penal, autoridades penitenciárias, Defensoria Pública, Ministério Público e o Departamento Penitenciário Nacional, trazendo diversos aspectos a serem observados por todos esses órgãos a respeito do sistema carcerário. Diante do exposto, no art. 2º desta

Resolução, foram estabelecidas normas que apresentam avanços importantes na contenção dessa propagação, como expresso na lei:

> Art. 2º São Diretrizes Extraordinárias e Específicas para o enfrentamento à disseminação do novo Coronavírus (2019-nCoV) referentes à administração da justiça pelo juiz da execução penal:
> I - cumprimento do disposto no art. 66, VII, da Lei nº 7.210, de 1984, realizando as inspeções mensais por videoconferência, especificamente para obter informações sobre as medidas preventivas adotadas pela direção do estabelecimento penal quanto ao novo Coronavírus (2019-nCoV);
> V - liberação de preso não integrante de facção criminosa como medida preventiva ou curativa relacionada ao novo Coronavírus (2019-nCoV), nos termos da Resolução n° 62, de 17 de março de 2020, com exame criterioso do perfil do preso com base em prévia manifestação do setor de Assistência à Saúde e da Comissão Técnica de Classificação ou da Direção do estabelecimento penal. (Resolução nº 4, 2020)

4.2 AÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Concelho Nacional de Justiça alterou a Recomendação 62, esta que é destinada a juízes e tribunais referente à adoção de medidas preventivas à contenção da pandemia no sistema prisional. Essa recomendação possuía cinco pontos principais a serem seguidos, sendo eles, resolução do fluxo de ingresso no sistema prisional e socioeducativo, medidas de prevenção na realização de audiências judiciais nos fóruns, suspenção excepcional da audiência de custódia,

mantida a análise de todas as prisões em flagrante realizadas, ações conjuntas com os Executivos locais na elaboração de planos de contingência e suporte de planos de contingência deliberados pelas administrações penitenciárias dos estados em relação às visitas. (Conselho Nacional de Justiça, 2020)

Há recomendações que visam suspender audiências de custódias por 90 dias, a reavaliação das prisões provisórias já decretadas e das preventivas que têm prazo superior a 90 dias, principalmente em caso de detentos que estejam englobados no grupo de risco ou sitiados em presídios superlotados. Em relação aos indivíduos que já têm condenação transitada em julgado e cumprem pena, sugere-se que os magistrados avaliem a concessão de saída antecipada.

O CNJ e o CNMP emitiram nota técnica de caráter orientativo na data de 28 de abril de 2020, a fim de que o Governo Federal destinasse recursos provenientes do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) à prevenção do Covid-19 no sistema carcerário, para que possam implementar com urgência os seguintes recursos:

> a) aquisição de material de limpeza que permita a adequada higienização de todos os espaços de circulação e permanência das pessoas custodiadas e privadas de liberdade;
> b) disponibilização de itens de higiene pessoal e equipamentos de proteção individual às pessoas presas e aos agentes públicos que transitam nos estabelecimentos;
> c) reforço no fornecimento de alimentação e outros insumos básicos, considerando-se para a análise do abastecimento a situação de restrição, em diversas unidades prisionais, ao recebimento usual destes itens oriundos de familiares; e

d) aquisição de insumos e equipamentos necessários ao atendimento preventivo e curativo de saúde, incluindo a realização de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinas, entre outros. (Nota Técnica Conjunta no 1/2020 CNJ/CNMP)

Porém, o Departamento Penitenciário Nacional havia sugerido que utilizassem esses recursos para a ampliação do espaço prisional, para a criação de vagas temporárias e, para que isso ocorresse, seria necessária a flexibilização das Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal permitindo que tais vagas fossem instaladas de modo provisório como contêineres. Entretanto, essa proposta foi abominada por diversos órgãos de proteção aos direitos humanos, já que o Brasil foi condenado na ONU por adotar práticas que submetem os detentos às condições sub-humanas. Em prol disso, este modo provisório é a manifestação clara da violação dos princípios da dignidade humana dos detentos. (Nota Técnica Conjunta no 1/2020 CNJ/CNMP)

Diante das propostas apresentadas pelos órgãos, foi recomendada a realização de um levantamento no sistema prisional, de indivíduos que fizessem parte do grupo de risco, ou presos preventivos que tivessem cometido crimes sem violência ou grave ameaça e, assim, foi enviado ao Poder Judiciário tais informações, a fim de que fossem avaliadas as possibilidades de soluções para a restrição de liberdade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível evidenciar a negligência estatal em relação à situação do setor carcerário brasileiro, o que acaba por ocasionar uma diversidade de problemas, tanto em relação aos direitos dos envolvidos, sua saúde e dignidade, quanto na função que o sistema carcerário

deveria desenvolver não só em prol da sociedade em geral e do próprio encarcerado.

Colocando em pauta a constitucionalidade da atuação do sistema carcerário brasileiro em meio a esta pandemia, fica evidente a sua impossibilidade de funcionamento perante as normas da Constituição Federal de 1988. Desta forma, é incontestável a necessidade imediata de intervenção e a melhoria da estrutura do sistema, para que assim, o cumprimento da pena não seja algo torturador, mas sim algo harmonioso, com a função inicial de reduzir consideravelmente o índice de reincidência.

Mesmo com as precauções e recomendações definidas pelo Concelho Nacional de Justiça, o funcionamento, desde a aplicação da execução penal até os estabelecimentos prisionais, está longe de ser considerada apropriada para combate de forma eficaz em relação a pandemia, o que não se pode considerar uma surpresa ao analisarmos o quão fragilizado se encontra o sistema carcerário brasileiro.

Assim, é possível concluir que, de forma geral, o sistema carcerário em sua atual condição não exerce as funções para o qual foi designado, nem mesmo cumpre com as normas que possui o dever de cumprir, gerando condições precárias de salubridade, superlotação e carência de recursos, nem mesmo atingindo os padrões exigidos para sua funcionalidade, o que se torna ainda mais grave diante das condições atuais, situação em que, em um futuro não muito distante, poderá ocasionar um drama humanitário sem precedentes.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal:** esquematizado. São Paulo: Forense, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.979, 06 de fevereiro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm.

BRASIL. **Recomendação CNJ nº 62/2020** (Atualizada pela Recomendação CNJ nº 68/2020) – Covid-19. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/referencias-normativas/.

BRASIL. **Nota Técnica Conjunta no 1/2020 CNJ/CNMP, de 28 de abril de 2020.** Dispõe sobre a destinação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional em face da decretação de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional para o novo Coronavírus – Covid-19.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 7, de 22 de abril de 2020.** Dispõe sobre a prorrogação do prazo para o registro de visitas do Programa Criança Feliz, no âmbito do Sistema Único de Assistência Social. Diário Oficial da União, 23 abr. 2020. Seção I.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020.** Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Diário Oficial da União, 17 março 2020.

BRASIL. **Portaria nº 143, de 25 de março de 2020. Ministério da Justiça.** Dispõe sobre a possibilidade de reformulação e revisão de planos de aplicação dos recursos associados aos programas previstos no § 2º do art. 3º A da Lei Complementar nº 79, de 1994, como medida excepcional para enfrentamento à pandemia do coronavírus (COVID-19) no sistema prisional brasileiro.

BRASIL. **Resolução nº 4, de 23 de abril de 2020.** Dispõe sobre Diretrizes Básicas para o Sistema Prisional Nacional no período de enfrentamento da pandemia novo Coronavírus (2019-nCoV). Diário Oficial da União, 24 de abril de 2020, Seção I.

CÍCERO, Rafael Cyrillo dos Santos. **A PRISÃO DOMICILIAR EM TEMPOS DE PANDEMIA.** Disponível em: http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/4406.

COVID-19: CNJ emite recomendação sobre sistema penal e socioeducativo. Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/covid-19-cnj-emite-recomendacao-sobre-sistema-penal-e-socioeducativo/.

Conselho Nacional de Justiça, RECOMENDAÇÃO No 62, DE 17 DE MARÇO DE 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf.

Elaine Moreira, Rachel Gouveia ... Et al. Em tempos de pandemia: propostas para defesa da vida e de direitos sociais – Rio de Janeiro: UFRJ, **Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Escola de Serviço Social,** 2020. Disponível em: https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/12346/1/EMoreira.pdf.

FERNANDES, Augusto. Moro garante que proliferação do coronavírus em presídios está sob controle. 13/04/2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/04/13/interna_politica,844346/moro-garante-que-proliferacao-do-coronavirus-em-presidios-esta-sob-con.shtml.

FREITAS, Hyndara. Brasil tem 5.754 casos de Covid-19 e 95 óbitos no sistema prisional, segundo CNJ. 23/06/2020. Disponível em: https://www.jota.info/justica/brasil-tem-5-754-casos-de-covid-19-e-95-obitos-no-sistema-prisional-segundo-cnj-23062020.

LUCERO, Natália Frias Tavares; EDUARDO, Antonio Ramires Eduardo Santoro. SAÚDE NO CÁRCERE FLUMINENSE: ANÁLISE DOS CASOS DE MENINGITE DE 2019. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais Belém.** V. 5 Nº. 2. Jul/Dez. 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remição de pena). São Paulo: Saraiva, 2012.

MUNIZ, Bianca; FONSECA, Bruno. **Em alerta por coronavírus, prisões já enfrentam epidemia de tuberculose.** Disponível em: https://apublica.org/2020/03/em-alerta-por-coronavirus-prisoes-ja-enfrentam-epidemia-de-tuberculose/. Acesso em: 17 mar. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria.** 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÁNCHEZ, Alexandra. Et al... COVID-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública? 8 Maio 2020 Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n5/e00083520/.

VICENTE, Diógenes Hassan Ribeiro; SILVA, Daniel Achutti. **A CRISE SANITÁRIA VISTA PELO DIREITO:** OBSERVAÇÕES DESDE O PPGD/UNILASALLE SOBRE A COVID-19. Disponível em: https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/books/issue/download/305/17#page=101.

YANINA, Karolina S. de Carvalho. **COVID-19 E A INCONSTITUCIONALIDADE DAS PRISÕES BRASILEIRAS.** Disponível em: http://mail.neppdh.ufrj.br/artigo_22_05_2020_graduanda_Karolina.pdf.

IX. CRIME E EMBRIAGUEZ À LUZ DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

Gustavo Henrique Arnaut Braz[1]
Jaqueline Odorico da Silva Tourinho[2]

RESUMO: O objetivo deste trabalho é apresentar o conceito e a aplicabilidade da teoria *actio libera in causa*, especificamente nos casos de embriaguez alcoólica. Além disso, no âmbito do Direito Penal, serão mostradas as definições de imputável e inimputável para auxiliar na compreensão da temática do estudo. Ainda nesta seara penal, a pesquisa conta com as espécies de responsabilidade penal, com a finalidade de elencar este conceito com a *actio libera in causa.* O estudo foi realizado pelo método de revisão bibliográfica, sendo esta decorrente de leis, artigos e das principais doutrinas que abordam o tema. Os resultados obtidos explicam que a teoria abordada é aplicada para desferir a culpabilidade no indivíduo, ainda que este se encontre em um estado de inimputabilidade, pois o agente, ao se colocar nesse estado, agiu livremente perante sua escolha antes de praticar o delito. Conclui-se, então, que aquele indivíduo, que se coloca em um estado de inimputabilidade por meio da ingestão de álcool para cometer um crime, ou seja, utiliza desse estado como desculpa para se esvair da culpa e, consequentemente, da pena; porém arcará mesmo assim com a sanção à luz da *actio libera in causa*.

PALAVRAS-CHAVE: Embriaguez. Culpabilidade. *Actio libera in causa*.

ABSTRACT: The objective of this work is to present the concept and the applicability of the *actio libera in causa* theory, specifically in cases of alcoholic intoxication. In addition, within the scope of Criminal Law, the definitions of imputable and non-imputable will be shown to assist in understanding the subject of the study. Still in this criminal area, the research relies on the types of criminal liability, in order to list this concept with *actio libera in causa*. The study was carried out using the bibliographic review method, which is the result of laws, articles and the main doctrines that address the theme. The results obtained explain that the approached theory is applied to reveal guilt in the individual, even though he was in a state of non-imputability, because the agent, when placed in that state, acted freely before his choice before committing the crime. It is concluded, then,

[1] Acadêmico do curso de Direito, segundo semestre. brazgustavo006@hotmail.com
[2] Mestre e professora de Direito Penal pela Faculdade Maringá. Endereço eletrônico: tourinhojaque@gmail.com.

that the individual, who puts himself in a state of non-accountability through the ingestion of alcohol to commit a crime, that is, uses that state as an excuse to escape the guilt and consequently the penalty, will still bear with samson in light of *actio libera in causa*.

KEYWORDS: Drunkenness; Culpability; *Actio libera in causa.*

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo analisar o conteúdo das produções bibliográficas nacionais e internacionais a respeito da temática e aplicabilidade da teoria *actio libera in causa*, identificando os aspectos considerados relevantes. Primeiramente, serão apresentadas as origens históricas a respeito dessa teoria de acordo com os principais autores e seus influenciadores. A seguir, o estudo adentrará no conceito propriamente dito da teoria da *actio libera in causa*, além de diferenciar os tipos de agentes atuantes na esfera penal da teoria. Ou seja, pautando no fato de que no instante do crime o agente era incapaz de ter culpa, tendo em vista que este encontrava-se em estado de inimputabilidade. Porém, vale lembrar que será apresentada uma espécie de caso por caso, para que haja a aplicabilidade da teoria.

Ao adentrar no âmbito do Direito Penal, o estudo abordará os diferentes tipos de responsabilidade penal no que diz respeito ao delito, além de trazer o conceito analítico brasileiro deste. Tendo em vista que, caso o dolo e a culpa estivessem ausentes na origem do delito, a punição do agente se constituiria na chamada responsabilidade penal objetiva, tema este que também será abordado no decorrer do artigo em questão.

Adiante, o escrito avançará de maneira a elencar a teoria da *actio libera in causa* com os casos de embriaguez alcoólica, apresentando a aplicabilidade do conceito nestes casos. Partindo do que é compreendido a respeito da teoria *actio libera in causa* e levando em consideração a aplicabilidade dessa teoria em determinados casos de embriaguez, analisar-se-á ao longo do artigo a relação dessa teoria com a imputabilidade penal de acordo com o atual Código Penal.

Por fim, ao analisar a teoria da *actio libera em causa* e decompô-la por outras perspectivas, é possível aplicá-la em diversas realidades de delitos. Essa teoria preenche uma lacuna a ser explorada no que diz respeito a culpabilidade em determinados crimes, isto é, essa teoria é importante para justificar a punição ou não do sujeito ao tempo de uma conduta analisada previamente ao delito.

Desse modo, os crimes cometidos por pessoas embriagadas sempre foram de grande visibilidade na mídia e amplamente discutidos na sociedade, uma vez que há o estereótipo de irresponsável - no sentido de falta de comprometimento e não pelo viés jurídico - atrelado a pessoa ébria. Portanto, é de suma relevância a análise e discussão dos atos ofensivos cometidos pelo embriagado à luz da teoria *actio libera in causa*.

2 TEORIA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

2.1 Breve Análise das Origens Históricas do Instituto

A teoria da *actio libera in causa* tem como primícias as escritas e compreensões de Bártolo de Sassoferrato (*Apud* AMBROSIO, 2017),

criminalista italiano influenciado por Aristóteles e pelo Direito Canônico. Esse autor compreendia que decorrida a conduta por ato voluntário, a responsabilidade do condutor não se deliberava pela ação principal - acontecimento ilícito - feito, mas pela ancestralidade, causa mediata do evento, ou seja, as preliminares do delito.

O filósofo Aristóteles proporcionou um território fértil para originar a *actio libera in causa*. Partindo de seus escritos da sua obra sobre ética intitulada como "Ética a Nicômaco", ele explica que:

> Punimos alguém por sua própria ignorância, se o considerarmos responsável por essa ignorância, como, por exemplo, no caso da embriaguez, em que as penas são dobradas para os delinqüentes, porque o princípio do ato reside no próprio agente que tinha o poder de não se embriagar e que, por isso, torna-se responsável pela sua ignorância. (ARISTÓTELES *apud* TOLEDO, 1986, p. 310).

A partir do excerto acima retirado de sua obra, é possível alegar que nos casos de delitos em estado de embriaguez, o agente tinha o controle de não se embriagar, e por conta disso, considera justa a aplicação de pena dobrada para esse tipo de delinquente.

Pelo viés do Direito Canônico, há nos escritos de Santo Tomás de Aquino (2001) uma deixa para a abertura do pensamento a respeito da *actio libera in causa*, uma vez que sua doutrina condenava a embriaguez, isto é, para ele a embriaguez por si só já deveria ser punida e castigada, além de ser considerada um pecado. Para esse teólogo, a embriaguez era proveniente de um ato voluntário, repugnado em si mesmo, considerado

ainda a causa final da ação criminosa. Dessa forma, o ébrio teria um duplo pecado, o primeiro por cometer o crime e o segundo, por ter se embriagado.

2.2 Conceito da Teoria *Actio Libera In Causa*

Conforme emana o art. 26 do Código Penal:

> É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É delimitado os casos em que pode haver exclusão da imputabilidade. Apesar de ser claro e conciso de que a imputabilidade se dá no momento exato do crime, há casos fora da curva que fogem dessa lógica. Isto é, existem casos em que o agente durante a *iter criminis* - fase de execução do delito - se encontrava em um estado de inimputabilidade; entretanto, este é considerado plenamente imputável. Essa compreensão é possível pela chamada teoria da *actio libera in causa*. (CONTI, 2013).

Antes de qualquer coisa, para uma melhor compreensão do conceito a respeito da *actio libera in causa*, se faz necessário entender a definição de cada vocábulo que compõe a expressão. Assim, *actio* é entendida como conduta; *libera* consiste em ser a fase livre e consciente do agente ao realizar a conduta; *in causa* é compreendida como causa da ação, isto é, atitude que firmou as condições para o resultado. Interpretando ao pé da letra, de modo geral, pode entender-se como ação livre na causa. (GARCIA, 2018).

O conceito da *actio libera in causa* está pautado no fato de que, no momento do crime, o agente era incapaz de ter culpa, uma vez que se encontrava em estado de inimputabilidade. Entretanto, esse indivíduo provocou esse estado de inimputabilidade em si próprio para cometer o delito - nesse momento tinha total consciência disso -, se colocou voluntariamente ou imprudentemente nesse estado para cometer o crime, ou seja, houve uma pré-ordenação da imputabilidade. A partir disso então, o agente é punido por um crime intencional ou imprudente. (ROXIN, 1988).

Por esse viés, Mirabete (1996) salienta que a lei brasileira não exclui a imputabilidade devido à embriaguez preordenada, caso seja voluntária ou culposa. O conceito de embriaguez, segundo o autor, se estende ao uso para além do álcool, isto é, substâncias de afeitos análogos também são incluídas nesse rol.

O jurista alemão Franz Von Liszt (1999), em sua obra intitulada como "Tratado de Derecho Penal", alega que a *actio libera in causa* é apresentada quando há resultados contrários ao que está descrito em lei, por um ato ou por meio da omissão, em um quadro de não imputabilidade, tendo em vista que essa conduta tenha sido ocasionada devido a um ato intencional ou culpável, efetuado em um estado de imputabilidade.

Por sua vez, o doutrinador Narcélio de Queiroz (1963, p. 37), salienta que a teoria da *actio libera in causa* é compreendida como:

> [...] casos em que alguém, no estado de não-imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de

> produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo prevista a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a podia ou devia prever.

A partir da perspectiva de Narcélio de Queirós (1963), é possível alegar que existem dois pontos relevantes e diferentes, em que a consumação destes se faz precisa a aplicação da teoria. O primeiro deles é o momento que antecede a pratica do delito; momento este em que o sujeito se coloca em estado de inimputabilidade já com a intenção de cometer o crime ou desde já prevendo que cometeria. O segundo ponto trata-se da prática do delito em si, com o indivíduo já em estado de inimputabilidade.

2.3 Diferenciação Entre Imputável e Inimputável

De acordo com a Teoria da Culpabilidade a imputabilidade, configura-se como um de seus elementos, juntamente com o Potencial Consciência da Ilicitude e Exigibilidade de Conduta Diversa. A partir disso, a imputabilidade se caracteriza como a permissão para punir o sujeito infrator, responsabilizando-o assim pela conduta. Dessa forma, Mirabete (1985, p. 95) afirma que:

> Em primeiro lugar, é preciso estabelecer se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se tem ele a capacidade de entender, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta de adequar essa conduta à sua compreensão. A essa capacidade psíquica denomina-se imputabilidade.

Sendo assim, a imputabilidade é a capacidade psíquica que o sujeito tem de entender o caráter ilícito de certo comportamento, além de compreender a possível punição, caso haja de maneira contrária à lei.

Para entender por completo como atua a teoria da *actio libera in causa*, se faz necessária a compreensão da diferenciação de um agente imputável e inimputável. Esses dois termos dizem a respeito da possibilidade de um sujeito arcar com as penas ou não ao infringir uma norma penal.

Por essa perspectiva, Damásio (1998, p. 467) evidencia que: “Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível.". Conceituando, assim, o que é compreendido e aplicado na esfera jurídica. Imputável é aquele que possui responsabilidade por algo a alguém, os imputáveis são passíveis de adquirir a autoria ou se responsabilizar por um crime. Isto é, são pessoas que já podem responder criminalmente por seus atos, podendo até arcar com a pena, dependendo do crime praticado. Vale lembrar que, de acordo com a legislação brasileira, em regra, apenas aqueles maiores de 18 (dezoito) anos de idade podem ser considerados imputáveis. Há casos em que o indivíduo possui a maioridade e, mesmo assim, é considerado inimputável; mas não há como o sujeito ser menor de idade e imputável. Sendo assim, os imputáveis, ao infringirem uma norma penal, cometem crimes e são punidos com as penas previstas pelo Código Penal brasileiro.

Por outro lado, os inimputáveis são todos aqueles menores de 18 (dezoito) anos e ficam sujeitos às normas vigentes na legislação especial,

ou seja, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não do Código Penal. Conforme alega o artigo 27 do atual Código Penal: "Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial"; e o artigo 228 da Constituição Federal de 1988: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". A chamada inimputabilidade penal, a qual é um dos elementos que compõem a teoria do crime, conforme o escrito de Mirabete (2007, p. 263):

> Admitindo-se que a culpabilidade é um juízo de reprovação e assentado que somente pode ser responsabilizado o sujeito pela prática de um fato ilícito quando poderia ter agido em conformidade com a norma penal, a imputação exige que o agente seja capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento. Essa capacidade só existe quando tiver ele uma estrutura psíquica suficiente para querer e entender, de modo que a lei considera inimputável quem não a tem. A imputabilidade é aptidão para ser culpável, pressuposto ou elemento da culpabilidade; imputável é aquele que tem capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento [...].

Além do mais, entende-se, de acordo com o exposto, que a inimputabilidade é causa de exclusão da culpabilidade.

Além dos menores de 18 (dezoito) anos de idade na data do crime, são considerados inimputáveis aqueles que apresentarem: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força

maior. Isto é, não basta a doença ou o desenvolvimento incompleto, haja vista que a atual legislação adota o critério biopsicológico.

Apesar de não serem atingidos pelo Código Penal, os adolescentes de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos respondem pelos seus atos, são passíveis de punição. Esses adolescentes não cometem crimes, mas sim atos infracionais. Logo, não sofrem penas e, sim, medidas socioeducativas e/ou de proteção, as quais estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Para ser considerado inimputável, o agente deve ser menor de 18 (dezoito) anos de idade na data do fato, ou então não ter a capacidade completa de entendimento da natureza ilícita do fato ou de determinar-se com base nela, proveniente de alguma doença, desenvolvimento mental incompleto ou retardado no momento do crime.

Segundo Lima (2017), a inimputabilidade em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado se dá devido a um critério chamado biopsicológico; isto é, elementos biológicos e psicológicos que colocam o indivíduo nessa posição. O elemento de natureza biológica se dá por fatores de doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Já o elemento de caráter psicológico é atribuído a incapacidade completa de compreender o caráter ilícito do ato durante a sua ocorrência.

Pelo que se pode entender a partir do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal:

> A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito

> do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É possível detectar uma terceira via, isto é, o agente semi-imputável. Conforme ensina Carvalho (2013), o atual sistema jurídico penal brasileiro mostra certas hipóteses como soluções aos agentes de condutas ilícitas. São elas:

a) aplicar a pena ao agente considerando-o imputável;

b) aplicar uma medida de segurança ou ainda reduzir a pena do semi-imputável;

c) aplicar a medida de segurança ao chamado inimputável psíquico;

d) aplicar uma medida socioeducativa ao inimputável em razão da idade.

Esse indivíduo era, durante a execução do ato ilícito, parcialmente capaz de compreender a ilicitude do fato. Assim, após a sentença, haverá a condenação pelo juiz, devendo ter uma redução da pena por conta de seu estado de semi-imputável, ou então pode ter a pena substituída por uma medida de segurança, conforme emana o artigo 98 do Código Penal:

> Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Vale lembrar que, de acordo com Silvânio Barbosa dos Santos, relator do TJ-DF (2011), para provar o estado de semi-imputabilidade, é

necessária a apresentação de um laudo de insanidade mental para que dessa forma se tenha a aplicação da medida de segurança.

3 RESPONSABILIDADE PENAL

3.1 Conceito de Delito no Direito Penal brasileiro

O atual Código Penal brasileiro não é objetivo ao conceituar o que é delito, trazendo somente o que é causado ao ser cometido, isto é, pena de reclusão ou detenção, ou ainda pena de multa. Entretanto, nos Códigos anteriores ao atual, o Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal Republicano de 1890, em sua redação traziam conceitos diretos sobre crime. (GRACO, 2007).

De acordo com o § 1º do art. 2º do Código Criminal do Império: "Art. 2º Julgar-se-á crime ou delicto: § 1º Toda acção ou omissão voluntária contrária às leis penais.".

Segundo o Código de 1890, tem-se que: "Art. 2º A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitui crime ou contravenção.".

Sendo assim, o conceito de delito provêm do entendimento de doutrinas. O crime pode ser explicado de acordo com os aspectos formal, material ou analítico. (BETTIOL, 1966). Pelo aspecto formal, tem-se que é considerado crime tudo aquilo que o legislador descreveu no código partindo de uma interpretação literal, qualquer que seja seu conteúdo. A partir da configuração material, crime são fatos que, propositalmente ou descuidadamente, lesam ou colocam em perigo bens jurídicos. Por fim, pela compleição analítica (ou científica), crime é todo fato típico (conduta que

produz um resultado reprovável pelo Direito Penal), ilícito e culpável (CAPEZ, 2016).

Conforme ensina Esíquio Manuel Sánchez Herrera (2007, p. 80):

> A conceituação do delito, sua compreensão analítica e sistemática é o que permite reconhecer a dogmática certas vantagens e benefícios. Entre eles cabe destacar que o estudo dogmático do delito diferencia o profano do científico do Direito Penal; a dogmática é limite ao poder punitivo do Estado, é garantia da realização dos direitos fundamentais do processado dentro do processo penal e, sobretudo, torna mais segura a aplicação proporcional, igualitária e justa do Direito Penal. O conhecimento sistemático garante domínio sobre a matéria penal, e com isso contribui para o sucesso da segurança jurídica, fundamento essencial do Estado Social e democrático de Direito.

A partir dos estudos sobre o conceito de delito, o intérprete e/ou aplicador da lei, seguirá uma espécie de guia para caracterizar certa conduta como criminosa ou não. Isto é, deverá analisar o fato típico; este uma conduta humana dolosa/culposa (prevista no art. 18, do CP) comissiva (por ação) /omissiva (por omissão).

A seguir, será necessário entender quanto ao nexo de causalidade, material ou normativo, conforme dada a redação do art. 13 do CP; e por fim, averiguar a tipicidade (art. 1° do CP), podendo ser formal (art. 155, do CP) ou conglobante (tipicidade material seguida de antinormatividade), caso preencha todos esses requisitos, há fato típico.

Para que o fato seja ilícito, é preciso que este seja antijurídico, ou seja, um comportamento contrário ao ordenamento jurídico. Quando o

sujeito não estiver amparado pelas excludentes de ilicitude, previstas no art. 23 do CP.

Por fim, o intérprete analisará o fato típico ilícito quanto à culpabilidade (juízo de reprovação que o Estado faz sobre o autor desse fato), o aplicador da lei fará uma análise a respeito da imputabilidade penal, prevista no art. 26 do CP, potencial consciência da ilicitude (art. 21 do CP) e exigibilidade de conduta diversa, conforme emana o art. 22 do CP. Havendo esses três conceitos: fato típico, ilícito e culpável, há crime.

3.2 Concepções a Respeito da Responsabilidade Penal Objetiva

A responsabilidade penal objetiva consiste em determinar que o sujeito responda pela conduta, mesmo que sua prática não seja analisada quanto ao dolo ou culpa. Segundo os ensinamentos de Cleber Masson (2014), uma conduta reprovável penalmente não pode ser atribuída a pena, caso esta não tenha sido produzida por dolo ou culpa. Dessa forma, conclui-se que a responsabilidade penal começa com a prática da conduta, por meio da ação em si, ou da omissão consciente e voluntária desta.

Sendo assim, não convêm falar em responsabilização penal criminal pelo resultado de determinada conduta, no que tange a responsabilidade penal objetiva, uma vez que nenhum resultado penalmente pertinente possa ser conferido ao sujeito que não tenha praticado por dolo ou culpa. A redação trazida no art. 19 do Código Penal exclui a responsabilidade penal objetiva. Vale lembrar que o jurista italiano Luigi Ferrajoli (2002) corrobora com essa perspectiva a respeito da

responsabilidade penal objetiva, quando defende o axioma: *Nulla actio sine culpa*, ou seja, não há ação sem culpa.

3.3 Princípios da Responsabilidade Penal Subjetiva

Ao contrário da responsabilidade penal objetiva, a subjetiva visa considerar o ato típico, aquele que o agente praticou por livre e espontânea vontade, com a intenção de obter aquele resultado, ou ainda dar causa ao resultado por meio de uma inobservância do dever objetivo de cuidado. Dessa forma, é possível afirmar que, por mais que o resultado não tenha sido o que o agente havia pensado, este pode ser punido caso fosse previsível ou pudesse ter evitado determinada conduta.

Sendo assim, a responsabilidade penal subjetiva está pautada na conduta com dolo e/ou culpa por parte do agente, o qual poderá ser responsabilizado pela ação delituosa que praticou; ser impedido a responsabilização por fatos de outrem, casuais, fortuitos ou imprevisíveis. (BITENCOURT, 2018).

A responsabilidade legal subjetiva tem previsão legal no artigo 18 do Código Penal, o qual prevê que a conduta só será considerada crime quando for praticada de forma dolosa - prevista no inciso I -, ou culposa - inciso II. Com isso, é possível afirmar que é necessário que haja uma consciência interna do agente quanto a conduta que está realizando, para que assim se tipifique como crime. Caso contrário, em algumas exceções, poderá ser atribuído ao agente eventual a responsabilidade objetiva, como é o caso da embriaguez voluntária ou culposa, a qual o resultado criminoso não é ao menos previsível, conforme alega Aníbal Bruno (1967, p. 156) no

que tange ao Código Penal: “pune o ato do ébrio pelo seu efeito objetivo, desprezando a circunstância da ausência do elemento subjetivo, que, no sistema do Código, seria necessário para a incriminação do fato”.

4 *ACTIO LIBERA IN CAUSA* EM CASOS DE EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA

4.1 Aplicabilidade da Teoria

Para compreender a teoria da *actio libera in causa,* à luz da embriaguez, primeiramente se faz necessário conceituar o que é embriaguez. Nessa seara, ensina Rizzardo (1992, p. 640):

> A embriaguez corresponde a um estado temporário de intoxicação da pessoa, provocada pelo álcool ou substância análoga ou de semelhantes efeitos, que a priva do poder de autoridade de autocontrole e reduz ou anula a capacidade de entendimento.

Dessa forma, o Direito Penal traz a influência que a embriaguez tem na esfera jurídica, ao compreender que a ingestão alcoólica pode chegar a graus elevados que fazem o indivíduo perder o discernimento do caráter ilícito de um determinado fato. Sendo assim, a redação do artigo 28 do CP delimita que apenas a embriaguez fortuita completa é causa de exclusão da imputabilidade, diferentemente dos casos de embriaguez voluntária ou culposa.

A teoria da *actio libera in causa* traz ocasiões em que o agente se coloca conscientemente em estado de inimputabilidade para se ausentar da

culpabilidade em determinada conduta. Nélson Hungria (1958, p. 212), afirma:

> O que legitima a punição na espécie, sem abstração do '*nulla poena sine culpa*', é a inegável referência da ação ou omissão imediatamente produtiva do resultado antijurídico ao momento em que o agente se coloca em estado de inconsciência ou de abolição de 'self control'.

Dessa forma, para aplicar o que emana a teoria, é necessário analisar se houve dolo ou culpa previamente ao estado de embriaguez completa, ou seja, para utilizar-se da teoria, se faz necessário averiguar se o resultado delituoso tenha sido querido, previsto ou previsível pelo agente durante sua fase de imputabilidade.

Desse modo, a teoria da *actio libera in causa*, é aplicada para justificar a imputabilidade do agente que de maneira livre desejou a conduta criminosa, apesar de que, quando cometeu o delito, estava em um estado de inimputabilidade. Apesar de no momento do delito o sujeito se encontrava em um estado característico de inimputabilidade, ele será considerado imputável, haja vista que ele "é livre na causa, que, praticada em pleno uso e gozo das faculdades mentais, já é ato executivo do delito". (NORONHA, 2001, p. 178).

A respeito dos efeitos do álcool no corpo humano, Capez ressalta que "pessoas que ingerem álcool para liberar instintos baixos e cometer crimes de violência sexual ou de assaltantes que consomem substâncias estimulantes para operações ousadas" (CAPEZ, 2012, p. 7). É comum o indivíduo usufruir dos efeitos do álcool para se encorajar e praticar

determinada conduta, uma vez que o álcool interfere no nosso sistema nervoso.

4.2 Exclusão da Culpabilidade na Embriaguez

A embriaguez voluntária é aquela em que o sujeito se coloca a beber assumindo os riscos que o álcool pode causar em seu organismo e de suas condutas. Um exemplo claro é a situação em que o indivíduo bebe e se põe ao volante; dessa maneira, ele assume os riscos e a culpa tendo em vista o que emana o art. 306 do Código de Transito Brasileiro: "Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.". Caso nessa situação o indivíduo atropele e mate alguém, responderá por crime culposo ou doloso, haja vista que, segundo o art. 28, II, do CP, a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade. Logo, na embriaguez voluntária, o indivíduo não deixa de ser imputável, haja vista que ele mesmo se pôs nesse estado de inconsciência ou de incapacidade de autocontrole de maneira dolosa ou culposa e nessa perspectiva comete o delito. (MIRABETE, 1996).

Por outro lado, há a embriaguez involuntária, a qual resulta de caso fortuito ou força maior, que gera exclusão da culpabilidade conforme alega o art. 28, § 1º, do CP:

> É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Assim, não haverá culpabilidade quando o agente provar que, durante a conduta, estava privado de discernimento devido a embriaguez acidental, ou seja, que não foi resultado de decisão própria. Por essa perspectiva, ensina Mirabete (1996, p. 223): "Trata-se de caso de exclusão da imputabilidade e, portanto, da culpabilidade, fundado na impossibilidade de consciência e vontade do sujeito que pratica o crime em estado de embriaguez completa acidental". Entretanto, caso haja a embriaguez involuntária, mas o sujeito detém certa capacidade de autodeterminação, haverá culpabilidade, porém nesse caso o agente terá a pena reduzida de um a dois terços conforme a redação do art. 28, § 2º, CP:

> A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Há também outros tipos de embriaguez e suas respectivas previsões legais, podendo ser encontradas da seguinte forma:

I. Embriaguez não acidental:

- Voluntária:

  - Completa – art. 28, II;

  - Incompleta – art. 28, II.

- Culposa:

  - Completa – art. 28, II;

  - Incompleta – art. 28, II.

II. Embriaguez acidental devido a:

- Caso fortuito:

  - Completa – art. 28, § 1.º;

  - Incompleta – art. 28, § 2.º.

- Força maior:

  - Completa – art. 28, § 1.º;

  - Incompleta – art. 28, § 2.º.

III. Embriaguez patológica:

- Art. 26, *caput* e parágrafo único.

IV. Embriaguez preordenada:

- Art. 61, I, II.

4.2.1 Caso Fortuito

Segundo Bitencourt (2018, p. 318-319), a embriaguez involuntária acidental, advinda de caso fortuito, "ocorre quando o agente ignora a natureza tóxica do que está ingerindo, ou não tem condições de prever que determinada substância, na quantidade ingerida, ou nas circunstâncias que o faz, poderá provocar a embriaguez.". Ou seja, é um caso de verificação difícil e minuciosa, uma vez que o agente bebe acidentalmente sem conhecer a bebida e sua natureza alcoólica e muito menos sem a intenção de se embebedar eximindo de si a culpa.

4.2.2 Força Maior

Conforme explica Bitencourt (2018, p. 319), os casos de embriaguez acidental, provenientes de força maior, "é algo que independe do controle ou vontade do agente. Ele sabe o que está acontecendo, mas

não consegue impedir." Nesse caso, a embriaguez involuntária por força maior ocorre devido a uma força externa que obriga o agente a consumir a bebida alcoólica, por meio de coação física ou moral irresistível, fazendo com que o sujeito perda o controle sobre suas ações. (CAPEZ, 2012).

4.3 Jurisprudência

A teoria *actio libera in causa* é um assunto delicado, o qual deve ser tratado pormenores, nesse sentido, baseado na lei, nos casos concretos e na doutrina, tem-se a seguinte jurisprudência:

> Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influindo na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do *habeas corpus*. 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à

responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. 4. *In casu*, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte. 5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que "O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: 'A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato". (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243) 6. A revaloração jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela lex mitior, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime sub judice e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB),

> determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP. Decisão: Após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia, Relatora-Presidente, que denegava a ordem de *habeas corpus*, pediu vista do processo o Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 31.5.2011. Decisão: Por maioria de votos, a Turma concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Senhor Ministro Luiz Fux, Redator para o acórdão, vencida a Senhora Ministra Cármen Lúcia, Relatora-Presidente. 1ª Turma, 6.9.2011.

De acordo com a jurisprudência citada, tem-se o entendimento que apenas a embriaguez de natureza preordenada é tratada como sendo dolosa, caso o agente se embebede para cometer um delito ou então assumir o risco de comete-lo em qualquer esfera de delito, principalmente no que diz respeito aos crimes de transito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado acerca da teoria *actio libera in causa* mostrou que é isento de pena o agente que, no momento do crime, estava em um estado de inimputabilidade devido ao álcool ingerido. Entretanto, entendeu-se que, ao tratar da aplicabilidade dessa teoria nos casos de embriaguez, o agente só terá a exclusão da culpabilidade caso sua embriaguez seja do tipo involuntária completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

No âmbito do Direito Penal, verificou-se a existência de dois tipos de responsabilidade penal: subjetiva e objetiva. Via de regra, prevalece a do tipo subjetivo; entretanto, ao se tratar de embriaguez com relação a *actio libera in causa*, a responsabilidade penal objetiva prevalece,

pois como visto, não se deve atribuir uma pena à alguém que não tenha agido com dolo ou culpa em sua conduta.

As pesquisas realizadas frisaram que a exclusão da culpabilidade se dá única e exclusivamente para os casos de embriaguez involuntária completa provenientes de caso fortuito ou força maior. Vale reforçar que a teoria é aplicada para justificar a imputabilidade do sujeito que, de forma livre, almejou a conduta criminosa, mesmo que no momento do crime estivesse em estado de inimputabilidade. Nesse caso, o agente será condenado, pois entendeu-se que ele era livre em suas escolhas antes de praticar o delito, ou seja, *actio libera in causa*.

REFERÊNCIAS

AMBROSIO, Gabriele da Costa Frias. **A Embriaguez Alcoólica e a Teoria da Actio Libera In Causa**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 11 - 49, Maio/Agosto 2017.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. v. I, parte I. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120). 24. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BLUME, Bruno André. **Imputabilidade**. Disponível em: https://www.politize.com.br/imputabilidade-penal-o-que-e/#:~:text=E%20%C3%A9%20a%20isso%20que,alguma%20pena%20por%20causa%20deles. Acesso em 28 junho 2020.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro** (CTB). Lei Nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

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

BRITES, Anderson. Artigo: **Direito penal: imputabilidade da lei penal**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/35697/direito-penal-imputabilidade-da-lei-penal. Acesso em 28 junho 2020.

BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte geral**. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTI, E. M. **Teoria da actio libera in causa, tipicidade culposa e responsabilidade penal objetiva**. Disponível em JUS NAVIGANDI: http://jus.com.br/artigos/25277/teoria-da-actio-libera-in-causa-tipicidade-culposa-e-responsabilidade-penal-objetiva. Acesso em 29 de Julho de 2020.

DAMÁSIO. Evangelista de Jesus. **Direito Penal**: Parte Geral. 21° edição: Editora Saraiva, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

GARCIA, I. Aparecida Pedrosa. **Teoria da actio libera in causa no Direito Penal**. Disponível em: https://irisgarcia1.jusbrasil.com.br/artigos/599378663/teoria-da-actio-libera-in-causa-no-direito-penal. Acesso dia 20 julho 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**. v. 1. Niterói: Impetus. 2007.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 4ª ed. Rio de janeiro: Forense, vol. 1, 1958.

JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la "actio libera in causa" en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992.

JUNIOR, José Luiz. Artigo: **Imputabilidade**. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2005/Imputabilidade. Acesso dia 28 junho 2020.

LIMA, A. E. A. **Direito Penal 1 – parte Geral – arts. 1 ao 120. 7**. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Artigo: **Inimputabilidade penal e a Teoria da "Actio Libera in Causa"**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, IBCCRIM. Site: www.ibccrim.org.br. Acesso dia 28 junho 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral** – vol. 1 / Cleber Masson. – 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, volume 1, 10 ed. São Paulo, Atlas, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 2. Ed. São Paulo, Atlas, 1985.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Código penal interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIRÓS, Narcélio De. **Teoria da "actio libera in causa" e outras teses**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

RIZZARDO, Arnaldo. **Reforma penal da embriaguez**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, n. 685, nov. 1992.
ROXIN, Claus. **Observaciones sobre la *actio libera in causa***. Anuario de derecho penal ciencias penales.Madrid. Ministério de Justicia, t. XLI, fasc. I, enere-abril 1988.

SÁNCHEZ HERRERA, **Esiquio Manuel. La dogmática de la teoria del delito – Evolución científica del sistema del delito**. Ed. Publicaciones Universidad Externado De Colombia. Colombia 2007.

STF. **JURISPRUNDÊNCIA**. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28actio+libera+in+causa%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b2d5cke. Acesso em 29 de Julho de 2020.

TJ-DF 20080110056866 DF 0084772-43.2008.8.07.0001, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 14/07/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 25/07/2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. 4 ed. Madrid: Editora Reus, 1.999. v. 2.

X. DIREITO À VIDA DURANTE A CAÇA ÀS BRUXAS

Debora Goelder Pereira Oliveira[1]
Jéssica Bérgamo Miranda[2]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo pesquisar sobre o Direito à vida durante a Idade Média, mais especificamente no tempo em se passou a caça às bruxas e analisar as contradições dessa caçada na sociedade e nas leis da Igreja, além de refletir sobre como as mulheres são demonizadas desde o início dos tempos. Sabendo que a história é cíclica, esse período sombrio, no qual a Igreja tinha o poder de decidir quem merecia ou não viver e, assim, caçou e massacrou milhares de pessoas, principalmente mulheres, necessita ser estudado com a devida cautela para que momentos assim não venham a se repetir. Este estudo se concretizou a partir de uma pesquisa bibliográfica relacionada ao Direito à vida, a história da idade das trevas, as bruxarias praticadas e os métodos utilizados para reprimi-las. Correlacionando ideais do passado com as da atualidade, na tentativa de deixar mais claras as mudanças sofridas no Direito com o decorrer dos séculos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à vida. Bruxas. A Igreja e o Estado.

ABSTRACT: The purpose of this article is to research the Right to Life during the Middle Ages, specifically at the time when the witch hunt was over and to analyze the contradictions of this hunt in society and in the laws of the Church, in addition to reflecting on how women are demonized since the beginning of time. Knowing that history is cyclical, that dark period in which the Church had the power to decide who deserved or not to live and with this hunted and massacred thousands of people, mainly women, needs to be studied with due caution so that moments like this do not come to repeat itself. This study was materialized from a bibliographic research related to the Right to life, the history of the dark ages, the witchcraft practiced and the methods used to repress them. Correlating ideals of the past with those of today in an attempt to clarify the changes undergone in law over the centuries.

KEY-WORDS: Right to Life. Witches. The Church and the State.

1 INTRODUÇÃO

[1] Advogada, professora e mestre da Faculdade Maringá. Endereço eletrônico: mpj1anodiurnoavaliacao@gmail.com.
[2] Acadêmica da Faculdade Maringá. jessicabergamomiranda@gmail.com.

O presente artigo pretende evidenciar as contradições sociais da Idade Média, principalmente no que diz respeito à bruxaria, visto que, dessa época, data o início do grande período no qual as mulheres foram associadas a maldições e condenadas a mortes cruéis, apenas por possuírem conhecimentos médicos.

Pretende-se explicar o Direito à Vida, e como nem sempre as coisas foram como são conhecidas atualmente, é importante compreender a história a fim de que se entenda o real valor da vida e as pequenas e grandes conquistas necessárias para a efetivação desse direito na atualidade.

Este trabalho refere-se a momentos importantes de diversos acontecimentos e concepções adotadas na atualidade, dentre eles, o Direito à Vida e como esta era tratada na antiguidade. Demonstra como a ideia geral que se tem das bruxas é imperfeita e expõe que a definição da bruxaria se tornou ultrapassada.

O trabalho também não deixa de retomar as raízes históricas, tanto do Direito à Vida quanto do embate feminino contra o patriarcado, que são de extrema relevância para a devida compreensão de como pensamentos e culturas tendem a mudar e se suavizar, ou não, com o passar dos séculos. Sabendo que a história é cíclica, o passado se torna um fator importante quando se aborda temas referentes a momentos que causam grandes mortes, tema deve ser estudado e pesquisado com a devida atenção para evitar que venha a se repetir.

Por meio de dados e bibliografias diversas, tem-se como objetivos principais: apresentar uma das possíveis perspectivas sobre a caça às bruxas e como essas eram tratadas pela sociedade da época; verificar como o poder se dividia entre a Igreja e o Estado; e definir os principais motivos que fizeram com que essa caçada tivesse início.

Por último, busca-se mostrar algumas das grandes mudanças referentes às leis que protegem os direitos fundamentais, citando os atuais itens do ordenamento jurídico brasileiro – com ênfase na Constituição Federal de 1988 e a Declaração Universal de Diretos Humanos – que impedem um novo genocídio da população considerada diferente.

Esse artigo não tem a pretensão de julgar nenhuma das partes envolvidas nessa cruel perseguição; apenas expõem-se fatos e levanta-se alguns questionamentos.

2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO À VIDA

2.1 Conceito de Direito à Vida

Na opinião de Morais (2003, p. 63), “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui com o pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”

Tavares afirma que esse direito “[...] é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isso, o direito humano mais sagrado.” (2010, p. 569).

De um ponto de vista que segue a mesma linha de raciocínio dos anteriores, Diniz (2001, p.32) reconhece:

> O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, consequentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo.

Miranda (1971) prega fortemente que a vida acaba sendo um direito inato, pois quem nasce com vida tem direito a ela, e também ubíquo já que pode ser encontrado em qualquer ramo do direito. A segurança a esse direito torna-se responsabilidade do Estado, pois está pressuposto na Constituição Federal.

A vida constitui um pressuposto essencial à personalidade das pessoas e sua tutela é pública, independendo da vontade individual.[3]

Conforme Matos (2015, on-line), "[...] a vida é o nosso bem maior, no entanto, nem sempre foi assim. Houve um tempo na história, em que a vida era banalizada, inclusive como moeda de troca, instrumento de quitação de dívida e até produto de punição para infrações humanas."

Torna-se perceptível que o direito à vida não é meramente um elemento isolado; está ligado a todos os outros direitos, pois necessita-se desse para que os demais possam ser exercidos. Entretanto, mantém uma

[3] Pela tutela desse direito independer da vontade individual, qualquer ato jurídico onde a pessoa coloque sua vida a disposição de outra será considerado absolutamente nulo.

correlação mais forte com a noção de dignidade da vida humana. Sobre o tema, Fernandes (2020, p. 469) preleciona:

> [...] temos que a vida enquanto direito fundamental básico, não pode e não deve ser analisada apenas pela ótica biológica.[4] Daí a atual concepção de que o direito à vida deve ser analisado sobre um duplo enfoque, qual seja: o direito da vida em si mesma (direito de estar vivo) e o direito à vida digna (com condições mínimas de existência). Portanto, as doutrinas constitucionais mais recentes desenvolvem uma compreensão diversa do entendimento biológico, compreendendo a concepção de vida conectada à de dignidade humana.

Barbosa (2018) alega em seus escritos que o valor dado à vida passou por grandes transformações com o passar dos tempos; não é difícil notar que em alguns momentos históricos[5] a vida chegou a perder totalmente seu valor.

"O pater famílias é o juiz, [...] entre as pessoas sob sua guarda [...] porque podia impor penas aos seus subjugados, até mesmo a pena de morte a mulher, filhos e escravos." (VENOZA, 1993, p. 44).

Analisando a opinião de diversos autores, vê-se que o direito à vida é um direito fundamental que se faz precedente para que se possa exercer qualquer outro direito básico listado na constituição; ou seja, necessariamente tem que se estar vivo para se ter direitos.

---

[4] "Nessa perspectiva haveria uma proteção jurídica ao embrião, mas não no sentido de garantir a ele as condições dignas a partir de seu nascimento, mas apenas proibindo o aborto." (FERNANDES, 2020, p. 469).

[5] Durante períodos de guerras e nos genocídios cometidos para expansão de diversos territórios.

Apesar de toda a importância que a legislação brasileira concede a esse direito atualmente[6], nem sempre foi assim; alguns séculos atrás, os patriarcas escolhiam a respeito da vida dos membros de sua família, e as instituições devidamente poderosas (a Igreja, por exemplo) possuíam a liberdade de decidir sobre a vida de quase todos os indivíduos de uma sociedade. A vida de alguns era tratada como uma mera propriedade.

2.2 Historicidade do Direito à Vida

Na atualidade, a vida é o bem jurídico mais precioso do ser humano e é extremamente tutelado pelo Estado. Entretanto, é de conhecimento geral que nem sempre, na história, foi dessa forma. Assim, uma análise do passado se faz necessária para compreender as mudanças pelas quais os direitos fundamentais passaram.

Barbosa (2018, on-line) mostra que o melhor lugar para se iniciar essa análise histórica é na Babilônia, mais especificamente na civilização suméria, no século XVIII a.C, quando surgiu o Código de Hamurabi. Esse continha e seu texto a denominada Lei de Talião, que preceituava sanções em igualdade com os danos causados ("olho por olho, dente por dente, [...] uma vida por outra"); a lei citada acabava tornando a tortura aceita e normalizando a ideia de se pagar um crime com a própria vida.

Na pesquisa feita por Matos (2015, on-line), leva-se essa perspectiva até a Roma Antiga; vê-se que à época o patriarcado imperava e,

[6] A atual legislação brasileira tem o direito à vida como alicerce principal para a prerrogativa jurídica da pessoa, motivo pelo qual o Estado assume o dever de resguardar a vida humana.

com isso, encontrava-se a denominação do *pater famílias*[7]. Este possuía imensos poderes dentro do instituto familiar, a ponto de poder decidir sobre a vida de sua esposa, filhos e servos. Com isso, pode-se afirmar que os indivíduos sob sua tutela não detinham o direito à própria vida, ficando submetidos à vontade de um terceiro.

Já em Israel, os judeus receberam o decálogo – também conhecido como os dez mandamentos-, esse continha os primeiras ideais, possivelmente os próximos do que se conhece hoje, o realmente respeitar o direito à vida.

De acordo com Sarlet (2009), da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, surgiu a doutrina do homem como imagem e semelhança de Deus, dando início à ideia de uma unidade da humanidade e igualdade de todos os homens em dignidade. Muito lentamente, os ideais necessários para a criação dos direitos fundamentais - dentre eles, o direito à vida - foram se instalando na sociedade.

A Idade Média foi de extrema importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais. Sarlet (2009, p.38) afirma esse mérito:

> De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas respectivamente pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito

[7] O *pater famílias* é o juiz, se não em matéria privada quando até então não se distinguiam os direitos, entre as pessoas sob sua guarda, mas em matéria penal, porque podia impor penas aos seus subjugados, até mesmo a pena de morte à mulher, filhos e escravos. Possuía poder absoluto em seu âmbito de ação (VENOZA, 1993, p.44).

> positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.

Apesar disso, esse período da história é conturbado, marcado pelas guerras santas e as inquisições, cujas atrocidades foram justificadas em nome de Cristo. Pode parecer difícil de imaginar que a igreja, a qual, durante a Idade Média, massacrou e assassinou milhares de pessoas, dentre elas, inocentes, também foi de grande contribuição para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais, mas é isso que a própria história afirma.

Mayer (on-line) constata que "o primeiro documento que previu garantias aos súditos e limitou a autoridade real, impedindo que os monarcas decidissem a lei por sua vontade, foi a Magna Charta Libertatum, de 1215, jurada pelo Rei João Sem Terra, da Inglaterra. Nela, estavam previstos os primórdios dos direitos fundamentais. Os ingleses, ao insurgirem contra o despotismo dos reis, iniciaram o longo caminho histórico na busca de assegurar direitos fundamentais a todos os indivíduos.".

Porém, as ideias evolucionistas surgem apenas muito tempo depois; apenas com a retomada do pensamento tomista e das doutrinas jusnaturalistas, é que o valor fundamental da dignidade e da vida humana recebe alguma legitimidade.

Segundo Bobbio (1992), a afirmação dos direitos humanos só ganha concretude com a passagem da teoria à prática:

> No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção de Estado - que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência – a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito.

Diversas pesquisas e desenvolvimento foram necessários para que os direitos naturais e fundamentais ganhassem uma forma real e só então começassem a ter o caráter social e juridicamente bem aceitos por todas as classes.[8]

Ainda assim, Bobbio afirma que o reconhecimento desses direitos em constituições e declarações ficaram centralizados e acabaram por perder a universalidade desejada, pois receberam proteção estatal apenas nos Estados onde eram de conhecimento geral.

"Tais positivações foram incapazes de dar proteção a direitos fundamentais como a vida e a dignidade da pessoa humana nos casos de guerras posteriores." (MAYER, on-line).

Todavia, a aceitação global de leis específicas ao direito à vida se deu após um grande desastre que ficou conhecido como holocausto, pois foi nesse momento que o ser humano tomou consciência de que, mesmo em guerras, deve haver limites morais. Assim, a Declaração Universal de

[8] Mayer (on-line) afirma que apesar da proteção dos direitos naturais e fundamentais dos homens, os negros, até então escravizados, eram excluídos delas, implicitamente.

Direitos Humanos (DUDH) passou a integrar todos os ordenamentos jurídicos e pode-se dizer que uma nova era teve início.

Agora, no século XXI, percebe-se a importância que os direitos fundamentais possuem e, apesar de muitas pessoas não conhecerem sua trajetória, eles estarão sempre em suas vidas. Tornaram-se direitos indisponíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e independem totalmente da vontade individual, visto que, há algum tempo, passaram a ser de total responsabilidade estatal[9]. Conquanto, apesar de todos os avanços que a DUDH trouxe, ainda existem falhas visíveis na garantia desses direitos, mesmo no sistema atual.

3 OS DISCURSOS DA IGREJA SOBRE A CAÇA ÀS BRUXAS

3.1 Uma Breve Explicação sobre essa Caçada

"Revisitar o passado, buscando nele algumas respostas para o presente, é um dos propósitos ao qual se propõem os historiadores." (GEVEHR; SOUZA, 2014, on-line).

Para o devido entendimento dessa caçada, é preciso começar definindo o que exatamente ela foi. A caça às bruxas se qualifica como um grande evento histórico que durou aproximadamente quatro séculos e ocorreu, principalmente, nos países europeus, contribuindo para a

[9] Por ser o responsável da tutela desses direitos, o Estado é o único que tem poder para julgar os crimes cometidos contra esses.

instauração de uma cultura de medo e causando a morte de milhares de pessoas[10] inocentes. Teve seu fim com a ascensão do iluminismo.

Relatos de caça às bruxas remontam-se a partir da idade das trevas, mas a primeira caça generalizada que se tem conhecimento data do século XIV.

Pissurno (2018, on-line) define a caça às bruxas da seguinte maneira:

> O termo **caça às bruxas** pode ser utilizado para designar historicamente a perseguição ocorrida em qualquer era às mulheres que supostamente possuíam poderes sobrenaturais, mas é usualmente mais usado para se referir aos eventos ocorridos durante cerca de quatro séculos a partir do século XV, quando a Igreja liderou uma grande investida contra mulheres que de alguma forma haviam ferido as expectativas sociais, políticas ou religiosas, normalmente de classe social mais humilde.

Quando se fala sobre esse assunto, automaticamente, é associado à Igreja Católica. Isso se dá devido ao fato de que, na Idade Média, o Direito Canônico foi a principal influência para a difusão do sistema inquisitivo. Sistema esse que caracteriza os chamados Tribunais do Santo Oficio e tinham o objetivo de colocar um fim nos que não seguissem a religião.

Angelin (2017, on-line) aponta que, durante a ascensão da Igreja, o patriarcado imperava[11] e que, dada essa ideologia, todas as realizações

---

[10] Nota-se facilmente que, em sua maioria, os mortos nesse período são as pessoas do gênero feminino. Um dos momentos em que melhor percebe-se isso é no ano de 1692, com o julgamento das Bruxas de Salem.

femininas eram taxadas de imorais. Afirma ainda que 1930 foi ano em que se permitiu oficialmente que a bruxaria e a prática de religiões pagãs foram fossem perseguidas pelos inquisidores.

O que se iniciou como uma simples tentativa de controlar as mulheres parando a feitiçaria, o curandeirismo e o pragmatismo, se transformaram em uma perigosa perspectiva de ódio; perante toda a sociedade, as bruxas deixaram de ser apenas pagãs e se tornaram hereges satânicas.

Machado (2014, on-line) afirma que, durante todo o período inquisitorial, as competências de acusador e julgador acabavam se misturando.

"A figura do inquisidor investigava, colhia as provas, insistindo na confissão pela tortura, oitiva de testemunhas e ainda julgava o acusado, buscando sempre a verdade absoluta revelada para a salvação." (MACHADO, 2014, on-line).

Sobre esse sistema, Thuns (2006, p. 202 *apud* Machado, 2014, on-line) leciona:

> O sistema inquisitório caracteriza-se pela reunião das funções de persecução e julgamento num único órgão estatal. É típico de concepção de Estado absolutista, havendo concentração de todo poder nas mãos do soberano. A prova pode ser obtida por qualquer meio, ainda que cruel (...) O objetivo é a verdade a qualquer custo.

[11] De acordo com a própria autora, um dos motivos para isso, era o fato de Jesus ser homem.

Os que fossem acusados de heresia[12] sofriam sob o olhar de muitos e eram julgados até mesmo pelos que, há pouco, se diziam companheiros; consequentemente, pagavam por seus pecados queimando nas fogueiras.[13] Qualquer afronta à Igreja Católica e a seus princípios era considerado um ato de heresia e devia ser punido com a morte.

Sobre a condenação, após feita, era impossível que o inquisidor a mudasse. Machado (2014) esclarece que as sentenças de condenação inquisitoriais eram baseadas em condições obtidas por meio da tortura; as outras provas serviriam apenas para corroborá-la.

De acordo com todos os pesquisadores já citados, as mulheres eram o grupo mais acusado de bruxaria.[14] Segundo as ideias de Pissurno (2018, on-line):

> [...] eram as mulheres mais pobres as mais vulneráveis, [...] que tentavam sobreviver produzindo remédios de ervas ou atuando em atendimento médico, sendo muitas vezes a única possibilidade existente em suas comunidades. Em um período de crises epidêmicas, instabilidade política e mudança social, essas mulheres seriam utilizadas como alvo de uma campanha das classes dominantes para direcionar o pânico da população, gerando histeria.

---

[12] "A palavra heresia, que em grego significa escolha, a partir da manipulação imposta pela Inquisição, tornou-se um termo genérico e com conotação depreciativa a partir do qual incluíam aleatoriamente quaisquer condutas que fossem consideradas contrárias, novas ou simplesmente diferente [...]." (PINTO, 2010, on-line).

[13] "Queimando" é colocado aqui como ideia genérica, pois também existiam outras maneiras de punições, como afogamentos, por exemplo.

[14] "[...] atualmente, calcula-se que elas representavam cerca de 80% dos denunciados." (Pissurno, 2018, on-line).

Conforme Nunes Jr. (2005, p. 17), “a natureza feminina sempre ocupou um papel bem definido no pensamento cristão.” É portadora da maldição desde o início dos tempos – pois foi Eva quem comeu da fruta proibida – a imagem da mulher foi sempre vista com desconfiança ou temor. Em algum momento, todos os acontecimentos negativos começaram a ser tratados como atos de bruxaria.

“Percebe-se que a principal justificativa para as mulheres serem suscetíveis ao mal, encontra-se em sua sexualidade, supostamente marcada pela devassidão, que permitia a proximidade com o Diabo [...].” (LAUREANO, 2015, p.59)

A mulher era sempre acusada de ceder as tentações de demônios, enquanto o homem mantinha uma posição de força quase que ideológica; eles deixavam-se cair nos pecados apenas quando eram seduzidos, ao menos é o que se quer que a sociedade acredite.[15]

Percebe-se que além de pregar ideias atualmente consideradas machistas, a Igreja Católica da época pouco se importava com o valor dado à vida, pois condenava à fogueira todos que se opusessem a ela, podendo ser considerada absolutista. Apesar de suas supostas convicções e leis[16], foi a principal responsável por organizar as Inquisições, enquanto o Estado apenas presenciava o caos se instalar.

---

[15] Faz-se referência à ideia patriarcal de superioridade masculina pregada tanto na Idade Média como nos dias de hoje -apesar de atualmente vir perdendo força.

[16] O decálogo trazia em seus termos expressamente “não matarás”, mas a Igreja ignorou suas próprias leis e fez mais do que se considera moralmente aceito para ficar no poder.

Questionar essa caçada ou defender os denominados hereges fazia com que se fosse julgado juntamente como um deles. Sem perceber, o cético se tornava cúmplice.

3.2 Manuais Didáticos de Combate à Bruxaria

Caçar pessoas como se fossem animais selvagens pode parecer uma ideia absurda nos dias atuais, mas, durante toda a Idade Média, era um pensamento normalizado; tanto que existiam até mesmo manuais didáticos para ajudar nessa prática.

Laureano (2015) afirma que em uma sociedade corrompida pelo medo, diversos materiais didáticos para a identificação e caça às bruxas surgiram, mas entre eles, o que mais se destacou foi o *Malleus Maleficarum* – ou Martelo das Feiticeiras – escrito por dois inquisidores alemães: Heinrich Kramer (1430-1505) e James Sprenger (1435-1495). Seu grande reconhecimento se deve ao fato de ter recebido apoio da própria Igreja.

Em uma breve leitura do manual, que fez sucesso tanto entre a população geral da época quanto entre os inquisidores, vê-se que o livro foi dividido em três grandes partes: a primeira traz argumentos filosóficos que provam a existência das bruxas; alega também que aceitar sua existência é uma questão de fé; a segunda parte é um guia de como reconhecer hereges em meio a sua comunidade; e a terceira parte trata-se de um verdadeiro manual jurídico prático para acusá-las, processá-las e condená-las.

“O discurso misógino presente no *Malleus Maleficarum*, quando visto sob uma perspectiva de gênero, insere-se em uma lógica de

inferiorização do feminino, tanto em seus aspectos naturais quanto no que diz respeito a suas representações.” (PORTELA. 2017, on-line).

A misoginia ajudou para o desenvolvimento de um pensamento estereotípico e negativo sobre as bruxas, que consequentemente recaiu sobre as mulheres e com tal intensidade que acabou por se definir as feiticeiras como adoradoras do diabo, transgressoras sexuais, instintivamente cruéis, mulheres. Em sua obra, Kramer (2010, p. 112) estabelece:

> É um fato que maior número de praticantes de bruxaria é encontrado no sexo feminino. Fútil é contradizê-lo: afirmamo-lo com respaldo na experiência real, no testemunho verbal de pessoas merecedoras de crédito. [...] existem três coisas na natureza - as Línguas, os Eclesiásticos e as Mulheres - que, seja na bondade, seja no vício, não conhecem moderação. [...] As mulheres são, por natureza, mais impressionáveis e mais propensas a receberem a influência do espírito descorporificado; e quando se utilizam com correção dessa qualidade tornam-se virtuosíssimas, mas quando a utilizam para o mal tornam-se absolutamente malignas.

Vale relembrar que a Igreja, que sempre pregou o amor ao próximo, foi um pilar importante da credibilidade do Martelo das Feiticeiras.

Geverh e Souza (2014) alegam que em uma época em que não se questionava a adesão ao cristianismo, as bruxas eram consideras desprezíveis, pois escolhiam abandonar os ensinamentos cristãos e aceitar

ao Diabo; com isso, passavam a ser consideradas apóstatas.[17] Tendo por conhecimento esse ato, o tribunal não podia ser condescendente e realocá-los na Igreja. Nas palavras dos próprios autores, "sem piedade, eles eram merecedores da morte. Sobre as mulheres, evidentemente, recaíam os castigos mais exemplares e pedagógicos."

Houve mais um manual de grande relevância usado durante essa caçada, mais antigo, porém com a mesma perspectiva de que todos os hereges deveriam ser mortos, o *Directorium Inquisitorium* – ou Manual dos Inquisidores – escrito por Nicolas Eymerich (1320 – 1399) trazia em seu conteúdo diversas espécies e denominações de heresia. De acordo com Mendes (2016, on-line), o autor desse manual afirmava que os heréticos pertenciam a determinados grupos: os judeus, os cristãos-novos, os protestantes, os intelectuais, as bruxas e feiticeiras.

Para Nicolas Eymerich (1993, p. 36), poder-se-ia classificar hereges nas seguintes definições:

> a) Os excomungados; b) Os simoníacos; c) Quem se opuser à Igreja de Roma e contestar a autoridade que ela recebeu de Deus; d) Quem cometer erros na interpretação das Sagradas Escrituras; e) Quem criar uma nova seita ou aderir a uma seita já existente; f) Quem não aceitar a doutrina romana no que se refere aos sacramentos; g) Quem tiver opinião diferente da Igreja de Roma sobre um ou vários artigos de fé; h) Quem duvidar da fé cristã.

Todos os manuais de caça às bruxas colaboraram para o prolongamento das caçadas, pois, se algum indivíduo apresentasse qualquer

[17] "[...] Conheciam os ensinamentos da Igreja e, conscientemente, cometiam esse crime imperdoável." (GEVERH; SOUZA, 2014, on-line).

das características descritas como sinais de bruxaria[18], seria investigado e executado, sem compaixão. As perseguições perduraram o quanto foi possível e deixaram milhares de mortos ao seu fim.

4 A FALTA DE AÇÃO ESTATAL E AS "BRUXARIAS"

4.1 O Silencio do Estado em Relação as Atrocidades Cometidas pela Igreja

Analisando as pesquisas de Lima (2011, on-line), percebe-se que o Estado ajudou a Igreja a se erguer quando esta estava oprimida e não passava de uma simples organização, pois viu-se que poderiam ser grandes aliados; e foi o que aconteceu durante algum tempo: os reis e os clérigos andavam lado a lado, como iguais. Mas da mesma forma que toda boa história, chega um momento –a Idade Média – em que eles se viram um contra o outro e pensamentos diferentes fizeram com que entrassem em uma disputa por poder.

Durante essa disputa para ver quem tinha mais poder, a Igreja conseguiu uma grande quantidade de terras[19], o que lhe deu mais força. De acordo com Gargione (2016, on-line):

---

[18] Os sinais mais comuns de bruxaria eram: marcas de nascença e conhecimento sobre as propriedades medicinais das plantas -medicina natural ou empírica. Qualquer tipo de questionamento as dogmáticas religiosas também eram consideradas como sinal de heresia e levavam a uma condenação.

[19] "[...] a igreja pregava para seus súditos oferecerem seus bens para conquistar a tão sonhada salvação, já que a vida terrena supostamente não valia de absolutamente nada. Com esse pensamento de desprendimento, o Clero conquistou cerca de um terço das terras cultiváveis da Europa Ocidental [...]." (ALBUQUERQUE, 2016, on-line).

> Foi durante a Alta Idade Média que a Igreja ganhou cada vez mais força nos diversos feudos existentes, sendo considerada a grande senhora dos feudos, já que esta chegou a ser dona de um terço das terras da Europa Ocidental continental. Foi, contudo, na Baixa Idade Média, entre os séculos XII e XIII, que a Igreja alcançou o seu ápice, sendo a instituição mais poderosa e influente pelo território da Europa Ocidental.

Além do aumento considerável de terras sob sua posse, Gargione afirma que a Igreja também estabeleceu um sistema hierárquico e organizado, e criou o direito eclesiástico como modo de sistematização de tal hierarquia.

Durante muito tempo, o direito da Igreja foi o único a ser encontrado em forma de escritos e por isso passou a ser fortemente adotado pela população geral. Este possuía tal força que os tribunais religiosos se tornaram especializados, enquanto os do Estado ainda eram definidos como "ordinários". Bloch (1982, p. 146) leciona:

> Ao lado dos tribunais ordinários, existia, porém, um sistema de tribunais especializados: os da Igreja. [...] A jurisdição eclesiástica tinha mais ou menos vinculados certos delitos ou actos que, ainda que cometidos por seculares, eram concebidos como tendo natureza religiosa: desde a heresia até ao juramento ou ao casamento. O seu desenvolvimento durante a época feudal não revela apenas a fraqueza dos grandes poderes temporais [...] ele prova igualmente a tendência do mundo clerical para alargar cada vez mais o abismo entre colectividade dos servidores de Deus e a multidão profana.

Nota-se que a instituição religiosa passou a ter mais poder que o próprio Estado, e sabendo que os governantes (reis e imperadores) deveriam ter a aprovação da Igreja, pois eram “escolhidos de Deus”, esta passou a ter determinada quantidade de poder sobre a própria instituição estatal.

“Assim, percebe-se que durante a Alta Idade Média a Igreja conseguiu criar um aparato jurídico que não fosse destinado unicamente para seus membros, mas para a população geral, como uma forma de controle da estabilidade de seus dogmas.” (GARGIONE, 2016, on-line).

Do mesmo modo que acontece em todas as espécies de crenças, com o tempo, as pessoas começaram a duvidar das doutrinas religiosas e questionar seus reais valores. Com medo de perder o poder que detinha, a Igreja formou os Tribunais do Santo Oficio, o que gerou as Inquisições.

Enquanto o clero instituía as Cruzadas e massacrava milhares, restava ao Estado apenas consentir e tentar conseguir proveito da situação, pois não detinha mais o poder necessário para impedi-la. Sobre o poder jurídico estatal, a já citada autora estabelece:

> [...] no início do período inquisitorial, o Estado não tinha um poder judicial organizado, já que estava fragmentado em poderes locais dos feudos, sendo marcado por um direito consuetudinário. Dessa forma, não havia uma unidade do direito temporal, já que cada feudo tinha suas regras quanto à aplicação do direito, ao passo que a jurisdição eclesiástica era uma.

Um dos principais motivos para o Estado ter perdido tanto poder e ficado hierarquicamente abaixo da Igreja, além da quantidade inferior de

terras que detinha, se comparado à Igreja, foi a falta de um direito homogêneo.

"[...] a Igreja é um grande partido político que alega falar em nome de Deus, sendo assim não há a possibilidade de ser um partido democrático." (LIMA, 2011, on-line).

Apesar de não se denominar dessa forma, a instituição religiosa se encaixa na definição de partido político sem muitos problemas. Entretanto, não poderia ser democrático, pois respondem em nome de um Deus maior; sendo assim, a Igreja pode ser considerada uma grande absolutista, em que o ser superior caracteriza o rei.

Compreendendo tudo que foi comentado, vê-se que o Estado não se manteve em silêncio simplesmente porque desejava, mas sim porque não possuía o poder necessário para fazer algo relevante.

É de conhecimento geral que, após essa terrível época, a Igreja começou a perder autoridade e influência, pois a maioria dos fiéis não a adorava mais, apenas a temia. Vale lembrar que a reforma protestante e o fracasso das Cruzadas também tiveram grande impacto para essa perda de poder religioso. As pessoas deixaram de crer tanto na Igreja e voltaram a recorrer ao Estado para solucionarem seus problemas.

4.2 As Espécies de "Bruxarias" Utilizadas

O dicionário (DCL, 2013, p. 81) define bruxaria como fato extraordinário e inexplicável atribuído a bruxas; mas, se prestar-se alguma atenção, percebe-se o quanto isso é antiquado. Hoje o inexplicável pode facilmente encontrar uma explicação.

“[...] essas mulheres consideradas bruxas não estavam usando poderes sobrenaturais para fazer suas poções, o que muitos viam como a prática de bruxaria, na verdade, eram os primórdios do que hoje conhecemos como aromaterapia, fitoterapia e farmacologia doméstica.” (VIEIRA, on-line).

Leite (2016, on-line) afirma que os métodos tachados de mágicos eram apenas descobertos sobre usos e propriedades naturais das plantas. Diversas informações relevantes, como a medicina alternativa, foram desconsideradas apenas por serem descobertas femininas.

“[...] De um lado eram vistas como sujeitos positivos, conhecedoras dos segredos da vida e podiam ajudar. Do outro lado, eram vistas com desconfiança, devido ao medo que provocavam os seus conhecimentos e práticas.” (STERZA, 2019, on-line).

Em uma análise realista, as bruxas fariam mais bem do que mal, visto que seus conhecimentos sobre ervas e plantas poderiam ajudar em diversos casos de doenças e conter epidemias locais. Angelin (2012, on-line) as qualificam como:

> [...] parteiras, as enfermeiras e as assistentes. Conheciam e entendiam sobre o emprego de plantas medicinais para curar enfermidades e epidemias nas comunidades em que viviam e, consequentemente, eram portadoras de um elevado poder social. [...]. Elas foram por um longo período médicas sem título. Aprendiam o ofício umas com as outras e passavam esse conhecimento para suas filhas, vizinhas e amigas.

No patriarcado, fosse durante a Idade Média ou nos tempos atuais, mulheres com personalidade forte e conhecimentos elevados sempre assustaram pessoas hipócritas.

"[...] Foram as bruxas as responsáveis pelos amplos conhecimentos sobre estrutura óssea, tecido muscular, drogas e ervas curativas que foram absorvidas pela medicina moderna no momento em que a perseguição às bruxas era usada para invisibilizar os saberes femininos." (NASCIMENTO, 2018, on-line).

Tanto Angelin (2012, on-line) quanto Leite (2016, on-line) afirmam, em suas pesquisas, que o fato de algumas mulheres possuírem conhecimentos medicinais grandiosos e conseguirem curar determinadas doenças com meras poções[20] irritou a comunidade medica da época – que era formada essencialmente por homens – foram apontadas como possuidoras de poderes naturais e julgadas por inquisidores.

"Tão amplos eram os conhecimentos das bruxas que, em 1527, Paracelso, considerado o "pai da medicina moderna", queimou seu manual de farmacologia confessando que 'tudo que sabia tinha aprendido com as feiticeiras'." (EHRENREICH & ENGLISH, 1984, p. 21).

Torna-se perceptível que, de forma geral, as bruxas foram apenas mal compreendidas, pois não passavam de mulheres com capacidade de obter conhecimentos e fazer descobertas, o que, para a época, somente os homens deveriam ser qualificados.

[20] Hoje sabe-se que as denominadas "poções" não passavam de chás e infusões de ervas medicinais.

4.2.1 A atualmente conhecida medicina alternativa

"A principal diferença da medicina moderna com relação à medicina medieval se dá a partir da compreensão da função de cura do médico e de sua função política de criação, explicação e controle das normas sociais." (MARTINS, 2005, apud NASCIMENTO, on-line).

De forma generalizada, sabe-se que a medicina moderna é consideravelmente recente. Antes de ser do modo como se conhece atualmente, a medicina era quase que totalmente fitoterápica[21] e alternativa, utilizava principalmente dos métodos naturais, dependendo fundamentalmente de plantas, ervas, óleos[22] e cristais.[23]

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), as terapias alternativas podem ser definidas como um conjunto de práticas que seguem e fazem parte da tradição de cada país, não sendo reconhecidas cientificamente.

Conforme Vieira (on-line), eram essas técnicas (aromaterapia, fitoterapia, cristaloterapia, farmacologia e homeopatia) que as bruxas utilizavam; a famigerada bruxaria não passava do que hoje se conhece por medicina -ou terapia- alternativa.

Até poucos séculos atrás, o melhor a se fazer era recorrer às plantas para o tratamento da maioria das doenças; por isso os indivíduos ancestrais possuíam uma relação profunda com a natureza. Tal relação

---

[21] Fitoterapia é: "Técnica milenar que tem a sua aplicação nos princípios ativos de origem vegetal. Recorre a plantas e a alguns dos seus componentes para conseguir uma estabilização correta do organismo." (AUGUSTO, 2014, on-line).

[22] De acordo com Guimaraes (2020, on-line), o uso de óleos e fragrâncias de maneira medicinal denomina-se aromaterapia.

[23] "Cristaloterapia é o nome dado ao uso terapêutico dos cristais. [...] A origem da Cristaloterapia é milenar." (RODRIGUES, 2019, on-line).

passou a ser deixada de lado quando o ser humano começou a recorrer ao que hoje conhecemos como medicina moderna.

4.3 Itens do Atual Ordenamento Jurídico que Impedem que essa Caçada se Repita

No atual ordenamento jurídico, pode-se encontrar diversas leis, declarações, artigos de lei e doutrinas que vão contra qualquer tipo de ameaça à vida e à integridade do ser humano. Considerando o local onde esse artigo é escrito, se dará mais atenção à legislação brasileira, assim como a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH).

A Constituição Federal brasileira de 1988 garante em seu art. 5° o Direito à Vida[24], tanto dos brasileiros quanto dos estrangeiros, que no Brasil residirem. Ter esse direito garantido por lei é um grande avanço, principalmente se comparado à Idade Média, na qual as grandes instituições e os homens poderosos tinham poder para decidir sobre a vida das minorias.

A proteção legal dos direitos fundamentais, principalmente do Direito à Vida e à Liberdade, é essencial para o impedimento de uma nova caçada. Isso se justifica, pois, em uma perspectiva geral, cada um tem poder apenas sobre a própria vida e expressar um pensamento diferente ou fazer um chá, não dará a qualquer outro indivíduo motivos para te condenar a um julgamento cruel.

---

[24] Art. 5° "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes." (BRASIL, 1988).

A Declaração Universal de Direitos Humanos, além de proteger o Direito à Vida, em seu art.5°, esclarece que estão impedidas quaisquer espécies de tratamentos hediondos contra o ser humano.[25] Tratamentos esses que eram totalmente aceitos, tanto social quanto juridicamente, no julgamento e na condenação às bruxas.

Encontra-se também diversos artigos dentro da DUDH que afirmam que todos possuem liberdade, igualdade e proteção legal – dentre eles, o art. 7°-[26]. Dentre esses, todos possuem sua devida importância, mas a igual proteção por lei é extremamente relevante para todos os cidadãos, visto que não sofreram nenhum julgamento desnecessário. Ou seja, se as regras de conduta impostas pelo Estado forem observadas, nenhum tipo de condenação poderá surgir.

No século XXI, ser quem você realmente é e viver a vida que realmente quer, tornou-se algo muito menos complexo. Em toda sociedade, independentemente de época ou cultura, sempre haverá divergências de pensamento e mesmo ideais retrógrados. Precisa-se apenas aprender a lidar com tais coisas e relevá-las quando uma mudança não for possível.

É perceptível que houve uma grande evolução estatal[27] em relação à proteção da vida, da integridade e da igualdade; apesar de ainda possuir muitos defeitos e nem sempre funcionar da maneira que deveria, já se vê

---

[25] Art.5° "Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes." (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1988).

[26] "Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito à igual proteção da lei. Todos têm direito à proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação." (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1988).

[27] Por mais que seja falho em diversos momentos, o Estado é de extrema importância para impedir que a anarquia venha a reinar.

grandes avanços. Se houver um bom trabalho por parte dos políticos, essas garantias tendem a continuar avançando de modo a impossibilitar uma nova caçada de pessoas por seus pensamentos e culturas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imagem que se tinha das mulheres durante a Idade Média era, em sua maioria, negativa; associando-as a maldições, eram demonizadas e sexualizadas; essa perspectiva perdurou durante os séculos e ainda pode ser vista na sociedade atual.

Por muito tempo, foram usadas como mártir pela Igreja que, relacionando-as ao próprio Diabo, encontrava um motivo para condená-las à fogueira apenas por seus pensamentos diferentes; e precisando de um motivo para persegui-las, alegava que fossem inimigas de Deus.

Alguns fatores socioculturais, como o uso de plantas e pedras para curar, contribuíram para a demonização do gênero feminino. Já que a maioria, além de ser considerada inferior em uma sociedade patriarcal, era também considerada perigosa e manipuladora; assim a mulher assumiu papel secundário até mesmo em sua própria vida.

Caçadas e assassinadas a sangue frio apenas por seus pensamentos e conhecimentos, as famigeradas bruxas foram massacradas pela Igreja que tanto pregou misericórdia e amor ao próximo. Mas, com o passar dos séculos, elas deram a volta por cima e hoje já assumem papéis importantes na sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Camila**. A igreja católica na idade média**. Disponível em: https://www.estudopratico.com.br/igreja-catolica-na-idade-media/. Acesso em: 12 set. 2020.

ANGELIN, Rosangela. A “caça às bruxas”: uma interpretação feminista. **Revista Espaço Acadêmico.** Disponível em: https://espacoacademico.wordpress.com/2012/08/04/a-caca-as-bruxas-uma-interpretacao-feminista/. Acesso em: 14 set. 2020.

AUGUSTO, Carlos Eugenio. **Os diferentes tipos de medicina alternativa**. Disponível em: https://www.prevenir.pt/saude/terapias-complementares/os-diferentes-tipos-de-medicina-alternativa/. Acesso em: 14 set. 2020.

BARBOSA, Gabriela. **A vida como direito humano**: Sua positivação relacionada com o direito de morrer com dignidade. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/63960/a-vida-como-direito-humano. Acesso em: 29 ago. 2020.

BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Lisboa: Edições 70. 1982.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14 ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.217. 2013. p.81

BRUXARIA. **Mini dicionário escolar de língua portuguesa**. São Paulo: Editora DCL.

CARVELLI, Urbano; SCOLL, Sandra. **Evolução histórica dos direitos fundamentais:** da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo

%202/Evolucao%20historica%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

CUSTODIO, Pedro Prado. **A misoginia na idade média -** bruxaria, alguns aspectos religiosos e sociais. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo%203/A%20misogenia%20na%20idade%20media%20-%20bruxaria,%20alguns%20aspectos%20religiosos%20e%20sociais..pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

EHREINREICH, Barbara; ENGLISH, Deirdre. **Bruxas, Parteiras e Enfermeiras**: Uma história das curandeiras. The Feminist Press, 1984.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

GARGIONE, Nathalia Moro. **As transformações históricas da inquisição**: Uma análise comparativa da Inquisição na idade média e moderna. 2015. Monografia (Conclusão de Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo%204/Uma%20análise%20comparativa%20da%20Inquisição%20na%20Idade%20Média%20e%20Moderna.pdf.Acesso em: 12 set. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p.469.

GEVEHR, Daniel Luciano; SOUZA, Vera Lucia. **As mulheres e a igreja na idade média**: misoginia, demonização e caça às bruxas. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo

%203/As%20mulheres%20e%20a%20igreja%20na%20idade%20média.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

GUIMARAES, Nathalia. **Você sabe o que é medicina alternativa?** Disponível em: https://blog.vitta.com.br/2019/12/16/voce-sabe-o-que-e-medicina-alternativa/. Acesso em: 14 set. 2020.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 2010.

LAUREANO, Gabriela Moreira Medeiros. O "Malleus maleficarum" e o surto de caça às bruxas. **Revista Mosaico**. 2015 Jul./Dez. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo%203/O%20martelo%20das%20bruxas%20e%20o%20surto%20das%20inquisicoes.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

LEITE, Fernanda. **Caça às bruxas**: uma história não contada pela medicina. Disponível em: https://medium.com/@fernandaleiite/ca%C3%A7a-%C3%A0s-bruxas-uma-hist%C3%B3ria-n%C3%A3o-contada-pela-hist%C3%B3ria-da-medicina-b22c80406c7d. Acesso em: 14 set. 2020.

LIMA, Edimar. **Relações estado x igreja.** Disponível em: https://administradores.com.br/artigos/relacoes-estado-x-igreja. Acesso em: 12 set. 2020.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A atuação dos magistrados no julgamento das bruxas**:
uma análise histórica do processo e da perseguição às mulheres nos séculos XVI e XVII. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/33000/a-atuacao-dos-magistrados-no-julgamento-das-bruxas. Acesso em: 02 set. 2020.

MATOS, Francisco de Castro. **Direito à vida**: historicidade e conceituação. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/39447/direito-a-vida-historicidade-e-conceituacao. Acesso em: 29 ago. 2020.

MAYER, Elizabeth. **O valor da vida e sua positivação antes e depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=243be2818a23c980. Acesso em: 29 ago. 2020.

MENDES, Iba. **Resenha:** "Manual do Inquisidor". Disponível em: http://www.poeteiro.com/2017/05/nicolau-eymerich-manual-do-inquisidor.html. Acesso em: 02 set. 2020.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.63.

NASCIMENTO, Monique Batista. **Caça às bruxas, a história do presente**: uma abordagem sobre o controle do corpo feminino. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo%204/CAÇA%20ÀS%20BRUXAS,%20A%20HISTÓRIA%20DO%20PRESENTE%20.....pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

NUNES JR., A. B. **Êxtase e clausura**: sujeito místico, psicanálise e estética. 2005.

ORGAZ, Alfredo. **Personas individuales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1947.

PATRASSO, Rahel, Grant Walkiria Helena. **O feminino, a literatura e a sexualização**. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo%203/ULTIMO%20ITEM%20-%20A%20IMAGEM.pdf. Acesso em: 04 set. 2020.

PEREIRA, Bruna Caroline. **A separação do estado e da igreja para o bem do direito**: uma análise jurídica fundamentada no contexto histórico. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-separacao-do-estado-e-da-igreja-para-o-bem-do-direito-uma-analise-juridica-fundamentada-no-contexto-historico/. Acesso em: 12 set. 2020.

PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo%203/Felipe%20Pinto%20-%20A%20inquisição%20e%20o%20sistema%20inquisitório.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

PISSURNO, Fernanda Paixão. **Caça as bruxas**. Disponível em: https://www.infoescola.com/historia/caca-as-bruxas/. Acesso em: 02 set. 2020.

PORTELA, Ludmila Noeme Santos. **Malleus Maleficarum**: bruxaria e misoginia na Baixa Idade Média. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo%203/Ludmila%20Portela%20-%20Malleus%20Maleficarum%20bruxaria%20e%20misoginia%20na%20Baixa%20Idade%20Média.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

RODRIGUES, Romulo Borges. **Cristaloterapia**: a terapia dos cristais. Disponível em: https://guiadaalma.com.br/cristaloterapia-terapia-dos-cristais/. Acesso em: 14 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2010. p.38.

STERZA, Valentino. **Plantas magicas no medievo**: mulheres, magia e igreja. 2019. Monografia (Conclusão de Curso de Graduação em Ciências das Religiões) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo%204/PLANTAS%20MÁGICAS%20NO%20MEDIEVO%20-%20%20%20MULHERES,%20MAGIA%20E%20IGREJA.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 569.

VIEIRA, Bruno César Ferreira. **Bruxaria e feminismo**: uma análise da independência da mulher através dos seriados de TV. Disponível em: file:///D:/Usuario/Desktop/Pesquisa%20bibliografica%20(bruxas)/capitulo%204/Bruxaria%20e%20feminismo.pdf. Acesso em: 14 set.2020.

XI. DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO PENAL: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO

Gustavo Noronha de Ávila[1]
Thaís Aline Mazetto Corazza[2]

RESUMO: De forma simplista e resumida, a expressão direitos humanos se refere aos princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos; enquanto a expressão direitos fundamentais designa a positivação destes direitos na Constituição de cada Estado, ou seja, são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente. Por outro lado, quando se fala em direitos da personalidade, verifica-se que estes exercem, em tese, a tutela jurídica no âmbito do Direito Privado, e estão consagrados na legislação infraconstitucional e constitucional. Em tese, porque atualmente Sarlet fala em vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Este artigo tem por escopo demonstrar a conexão entre os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade e a necessidade de superação da dicotomia tradicional entre o direito público e o privado, bem como analisar os fundamentos do direito da personalidade no âmbito penal. A pesquisa parte de um raciocínio hipotético-dedutivo, analisando-se as possibilidades de discussão dos direitos da personalidade no âmbito criminal. A pesquisa é bibliográfica e buscará alcançar uma exata compreensão por meio de materiais como leis, sites oficiais,

---

[1] Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2004), Mestrado (2006) e Doutorado (2012) em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Realizou Estágio de Pós-Doutoramento, sob a supervisão da Profa. Dra. Lilian Milnitsky Stein, no Programa de Pós-Graduação em Psicologia da PUCRS (2018). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Campus Maringá). Atualmente, também é Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica do Centro Universitário de Maringá. Também é Professor da Especialização em Ciências Penais da Universidade Estadual de Maringá, ABDConst, Universidade Ceuma, PUCPR, Univel, Universidade Feevale e Instituto Paranaense de Ensino.

[2] Graduada, mestre e doutoranda em Direito pela Unicesumar - Centro Universitário de Maringá. Pesquisadora Capes.

jurisprudência e doutrina jurídica aplicável ao tema (livros, artigos científicos, entre outros), nacional e internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade. Dicotomia. Direito Penal.

ABSTRACT: In a simplistic and summarized way, the expression human rights refers to the principles that summarize the concept of a dignified, free and equal coexistence of all human beings, valid for all peoples and at all times, while the expression fundamental rights designates the affirmation of these rights in the Constitution of each State, that is, they are the rights of the person (physical or juridical) constitutionally guaranteed and limited spatially and temporally. On the other hand, when it comes to Personality Rights, it appears that they exercise, in theory, legal protection under private law, and are enshrined in infraconstitutional and constitutional legislation. In theory, because currently Sarlet talks about linking individuals to fundamental rights. This article aims to demonstrate the connection between human rights, fundamental rights and personality rights and the need to overcome the traditional dichotomy between public and private law, as well as to analyze the fundamentals of personality law in the criminal sphere. The research starts from a hypothetical-deductive reasoning, analyzing the possibilities of discussing personality rights in the criminal sphere. The research is bibliographic, where an exact understanding will be sought through materials such as laws, official websites, jurisprudence and legal doctrine applicable to the theme (books, scientific articles, among others), national and international.

KEYWORDS: Personality Rights. Dichotomy. Criminal Law.

1. INTRODUÇÃO

O principal meio criado pelo homem para assegurar uma convivência pacífica em sociedade sofre hoje uma profunda e crescente crise. Isso porque existe um abismo entre a realidade posta e a norma teoricamente criada e uma discrepância na aplicação desta. A teorização sobre o Direito afasta a realidade que pretende regular, ao contrário, quanto mais prático, mais ilegítimo se torna.

Diante dessa realidade, não existe outra resposta que não o próprio Direito, pela razão jurídica, pois responder à complexidade social e proteger o Direito é, de certa maneira, proteger também o futuro da democracia, levando a sério os direitos humanos.

Nessa conjuntura, por um estudo teórico, pretende-se demonstrar a necessidade de superação da dicotomia tradicional entre o Direito Público e o Direito Privado, mostrando suas interseções, analisando para tal os direitos da pessoa considerada em si mesmo, quais sejam, Direitos Humanos, os Direitos Fundamentais e os Direitos da Personalidade, bem como suas conexões, utilizando as contribuições de autores importantes sobre o tema. Por fim, serão analisados os fundamentos do direito da personalidade no âmbito penal. A pesquisa parte de um raciocínio hipotético-dedutivo, analisando-se as possibilidades de discussão dos direitos da personalidade no âmbito criminal. A pesquisa será bibliográfica, e se buscará alcançar uma exata compreensão por meio de materiais como leis, sites oficiais, jurisprudência e doutrina jurídica aplicável ao tema (livros, artigos científicos, entre outros), nacional e internacional.

2 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O PRIVADO

Frisa-se que, mesmo antes dessa problematização e polêmica sobre o assunto, já se reconhecia que o direito deve ser visto como um todo dotado de coerência (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 141), em decorrência da unidade do Direito que sempre existiu e que antes só ganhava percepção em algumas áreas jurídicas, como o Direito de Família, no qual a proteção

estatal era constante, mas nem por isso ocorreu de ser considerado como Direito Público.

Neste prisma, a divisão do Direito em Público e Privado tem utilidade prática e didática, já que organiza as normas e as condutas levando em consideração os distintos objetivos, fundamentos e princípios, e mesmo sendo incontestável a intersecção entre os ramos do Direito, mantêm-se vivas as esferas individual e pública, nada obstante apareçam categorias que poderiam ser consideradas intermediárias, ou seja, híbridas, o que, igualmente, garante a validade da separação dos campos do Direito em Público e Privado. A conservação da dicotomia não quer dizer que o Direito Público e o Direito Privado devem ser vistos como viam os juristas liberais e cientificistas do século XIX, uma separação em compartimentos estanques. Na realidade, atualmente se tem a suavização das dessemelhanças e o aumento da complementaridade das esferas em virtude da unidade do ordenamento jurídico, daí o reconhecimento de que os ramos do Direito são compostos por normas com algumas características mais fortes de Direito Privado ou Público, com princípios e objetivos específicos. O fato de a diferenciação entre as duas esferas ter se tornado complexa, não significa que ela deixou de existir. (ZANINI; DE OLIVEIRA; SIQUEIRA; FRANCO JUNIOR, 2018, v. 19, p. 214-216).

Com isso, considerando que a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, entre outros bens, como já dito, satisfazem as necessidades e desejos próprios do indivíduo considerado em si mesmo, os direitos da personalidade fazem parte da esfera privada, pertencendo à categoria dos direitos privados. (CUPIS, 2004, p. 34).

Não obstante a admissão de algumas interferências do Direito Público no campo dos Direitos da Personalidade, tal atuação deve ser bastante limitada com intuito tão somente de atender a dignidade da pessoa humana (núcleo em que se aninham os direitos da personalidade), o que, por si só, não tem o condão de afastar do Direito Civil a tutela dos Direitos da Personalidade, até mesmo porque o Direito Privado sempre conviveu com normas cogentes, que são inafastáveis pela vontade das partes. Porém, quando os direitos da personalidade passam para o patamar constitucional da tutela da dignidade humana, deve-se levar sempre em conta que a proteção deve se dar de forma integrada e deixando de lado a dicotomia entre o Direito Público e o Privado, vez que se situa acima dela, pois a dignidade da pessoa humana é o valor fonte do ordenamento jurídico pátrio (ZANINI; DE OLIVEIRA; SIQUEIRA; FRANCO JUNIOR, 2018, v. 19, p. 219).

Nesse contexto, percebe-se que não há muita divergência no tocante à colocação da tutela da dignidade da pessoa humana acima das fronteiras que separam as searas pública e a privada, dado que, em última análise, a pessoa humana demanda tutela unitária. A despeito disso, a diferenciação entre direitos da personalidade e direitos fundamentais não perde a importância, em razão de seu papel facilitador do trabalho do operador do Direito. Nesta esteira, Gustavo Tepedino esclarece que a proteção constitucional da dignidade pessoa humana *"supera a setorização da tutela jurídica (a partir da distinção entre os direitos humanos, no âmbito do direito público, e os direitos da personalidade, na órbita do direito privado) bem como a tipificação de situações previamente*

estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento" (TEPEDINO, 2007, p. XXIV), o que não podia ser diferente já que, segundo Perlingieri, a tutela constitucional da pessoa humana dá legitimidade ao ordenamento jurídico e soberania ao próprio Estado. (PERLINGIERI; FEMIA, 2004, p. 72).

Para Zanini, que segue uma visão parcial da tutela da pessoa humana, os direitos da personalidade aparecem como direitos privados; enquanto que os direitos fundamentais se enquadram no âmbito do Direito Público. No entanto, quando para a solução do problema do caso em concreto for necessária uma visão unitária da pessoa humana, revela-se necessária a superação da setorização, já que a dignidade da pessoa humana é a pedra angular do sistema jurídico e não só da seara pública ou privada. (ZANINI; DE OLIVEIRA; SIQUEIRA; FRANCO JUNIOR, 2018, v. 19, p. 219).

Fato é que, a partir da mudança de perspectiva constitucional, passando a estar o ordenamento a serviço da pessoa humana, conforme a determinação do art. 1º, III, da Constituição, as relações não patrimoniais (pessoais e familiares) passaram a ter prevalência sobre às relações patrimoniais (contratuais e proprietárias). Por conseguinte, aumentaram as estruturais impostas à vontade individual pelo Código de 2002, por exemplo, com as noções dos princípios da boa-fé, da confiança e da função social do contrato e da propriedade, consolidando a já existente compressão da autonomia privada patrimonial (MORAES, p. 03). Porém, no que diz respeito às relações extrapatrimoniais, o Código Civil regrediu, já que a garantia pela Constituição de muitos bens jurídicos a uma pessoa digna (como, por exemplo, a liberdade e a privacidade) não significa que ela terá

o mais amplo poder de escolha sobre eles. Isso porque o direito subjetivo, concebido para titularizar as relações patrimoniais, não se adapta perfeitamente à categoria do "ser", âmbito das relações extrapatrimoniais, em que não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam a pessoa humana. Esse problema se expressa mediante a atribuição de uma série de características excepcionais aos direitos subjetivos comuns – necessariedade, vitaliciedade, extrapatrimonialidade, inalienabilidade, indisponibilidade, inexpropriabilidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade –, mas que, mesmo assim, não estão aptas a garantir uma valoração apropriada do merecimento de tutela dos interesses em questão. (MORAES, p. 04-05).

Os direitos da personalidade são tidos como categoria aberta demonstrando sempre novas instâncias relativas à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, sendo um conceito elástico, que abrange um número ilimitado de hipóteses, somente encontrando limites na salvaguarda do interesse de outras personalidades. (MORAES, p. 05).

No Brasil, a previsão do inciso III do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade em suas mais diversas manifestações, logo, não pode ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário. Tal concepção

mostrar-se decisivamente mais proveitosa quando se está diante de conflitos em que há a colisão de interesses relativos à proteção da personalidade, pois nesses parece impossível uma solução em termos de titularidade ou não de direitos subjetivos os recorrentes conflitos envolvendo a proteção da personalidade, já que do outro lado também está em discussão a expressão da dignidade de outra pessoa. Deste modo, nos casos de colisão, deve-se reconhecer nos direitos da personalidade expressões da irrestrita proteção jurídica à pessoa humana e atribuir-lhes a natureza de princípios de inspiração constitucional, apreciando o litígio pelo mecanismo da ponderação, buscando no caso concreto em que se realiza mais plenamente a dignidade da pessoa humana, conforme a determinação constitucional (MORAES, p. 06). Isso se deve ao fato de que na reflexão acerca dos direitos da personalidade deve ter como ponto de que "*os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.*"[3].

Ao falar da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Sarlet (SARLET, 2000, 107-163) trata da aplicação da norma fundamental, do ponto de vista do destinatário. Partindo da eficácia/vinculação de natureza "vertical" dos direitos fundamentais no âmbito privado, em sua

[3] Esse é o teor do Enunciado n. 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil (2006).

dupla faceta material e processual do problema (embora as duas tenham conexão íntima e nexo de interdependência), o autor enfrenta as questões de existência, construção e colisão.

O problema da existência da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais é encarado historicamente, afirmando que o Estado Social de Direito superou o Estado Clássico e liberal de Direito (em que os direitos fundamentais exerciam a função precípua de proteger os indivíduos de ingerências por parte do Poder Público no âmbito de sua esfera pessoal - liberdade, privacidade, propriedade, integridade física etc.) ampliando as atividades e funções estatais e incrementando a participação ativa da sociedade no exercício do poder, o que resultou no reconhecimento de que as liberdades individuais. Os demais bens fundamentais protegidos constitucionalmente, além da proteção contra as ingerências do Poder Público, careciam também de proteção contra os mais fortes no âmbito da sociedade, advindas das relações privadas. Com o Estado Social, o Estado deixa de ocupar a posição de inimigo público e passa a ser devedor de postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos (SARLET, p. 114-115).

Solucionada a questão da existência, Sarlet enfrenta as questões de "como" (problema de construção) e "em que medida" (problema de colisão) pode haver a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (SARLET, p. 113-114); em outras palavras, qual o seu alcance, ou seja, até que ponto pode o particular recorrer aos Direitos Fundamentais nas relações com outros particulares (que agora exercem o papel de destinatário e ao mesmo tempo de titular dos direitos fundamentais) analisando diversas

teorias de eficácia (SARLET, p. 109-110) ou vinculação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, dando ênfase especial à Teoria da Eficácia Imediata ou Direta e à Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta, elaboradas por Hans Carl Nipperdey e adotada por Walter Leisner. (SARLET, p. 117-119).

Fato é que, ao se referir a vinculação dos particulares titulares de direitos fundamentais, vinculados reciprocamente, não há como amparar uma eficácia vinculante idêntica, na sua amplitude e intensidade, a do Poder Público (do legislador privado). Isso se aplica inclusive aos "poderes privados", já que igualmente sujeitos de direitos fundamentais. Tal fato ocorre porque a existência de algum detentor de poder privado em um dos polos da relação jurídico-privada justifica uma intervenção maior e um controle no campo do exercício do dever de proteção atribuído ao Estado e, consequentemente, uma maior magnitude na vinculação destes sujeitos privados. (SARLET, p. 107-163).

Além das normas de direitos fundamentais direcionadas exclusivamente ao Poder Público, existem na Constituição Federal pátria normas fundamentais que são destinadas expressamente aos sujeitos privados, não havendo controvérsia quanto à vinculação direta dos particulares. Assim, com exceção dos direitos que têm por destinatário apenas os órgãos estatais, todas as demais normas de direitos fundamentais (inclusive os direitos à prestações) vinculam, de alguma forma, diretamente os sujeitos particulares. (SARMENTO, 2009, p. 175).

Para solucionar a problemática “’como’ pode haver a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, o autor analisa diversas teses

inadequadas que tentam resolver a questão imputando as ofensas a direitos fundamentais oriundas de sujeitos privados ao Poder Público, tal como as teorias da "convergência estatista" (Alemanha) e da *state action* (Estados Unidos), anotando que se impõe a superação da já clássica contraposição entre as concepções da eficácia direta (imediata) e indireta (mediata). Isso, ao menos, na forma pela qual foram originariamente desenvolvidas na doutrina e jurisprudência germânica; inobstante também não compartilha das teorias formuladas a partir dos deveres de proteção do Estado, ao menos não naquilo em que continuam negando uma vinculação direta dos particulares.

Por outro lado, constata a existência de elementos comuns a todas as concepções, notadamente, o fato de partirem do pressuposto de que os direitos fundamentais, expressando uma ordem de valores objetiva, não são indiferentes ao direito privado e nem às relações entre particulares, admitindo, ainda, a ocorrência de lesões aos direitos fundamentais advindas de sujeitos privados e que reclamam uma solução, incumbindo ao Estado um dever de proteção também nesta seara. (SARLET, p. 138).

Assim, à exceção de uma vinculação exclusiva dos órgãos estatais, todas as normas de direitos fundamentais vinculam diretamente os sujeitos privados e, portanto, são eficazes nas relações entre particulares (STEINMETZ, 2004). A problemática, na realidade, não está em se defender a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, mas em avaliar e mensurar qual a amplitude e as consequências práticas dessa vinculação. Não parece ser viável a defesa de soluções uniformes, pois problemas como estes devem ser analisados

conforme as especificidades do caso concreto, sendo insuficientes os modelos tradicionais adotados no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

Essa inviabilidade de uma eficácia direta *prima facie* ou "absoluta" e a necessidade de se adotar soluções diferenciadas decorrem também da estrutura da norma e da natureza principiológica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Deveras, se tratando de relações entre titulares de direitos fundamentais, do ponto de vista comum às teorias da eficácia direta e indireta, sempre estarão presentes os conflitos ou situações de tensão que precisam de soluções distintas, de acordo com o caso concreto e dos direitos fundamentais em conflito, sendo em última análise, um problema de ponderação (SARLET, p. 139).

O problema “em que medida”, em princípio, é resolvido no âmbito das relações entre particulares que assumem destaque tanto a dimensão jurídico-objetiva, quanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Fundamentando Sarlet, entre outros efeitos, uma "eficácia irradiante" e um "dever geral de respeito" (ambos termos objetos de controvérsia quanto ao seu conteúdo e significado), assim como a necessidade de uma interpretação não apenas das leis, mas também dos atos de particulares, conforme a Constituição e, especialmente, conforme os direitos fundamentais. É também inequívoca a confluência e influência recíproca, entre as eficácias "vertical" e "horizontal", pois mesmo estando os particulares diretamente vinculados pelas normas definidoras de direitos fundamentais (nos casos em que o Estado o não for destinatário exclusivo), também e sempre estarão diretamente vinculados os órgãos estatais, em especial, o legislador e os órgãos jurisdicionais, aos quais, no âmbito dos

deveres de proteção, incumbe a obrigação de atuar (obrigação decorrente do fato de os direitos fundamentais terem eficácia e serem vinculantes) nas relações entre particulares para solucionar os conflitos entre os direitos fundamentais dos diversos sujeitos privados (SARLET, p. 139-140).

Conclui-se, assim, que há a necessidade de uma análise sistemática, baseada nas circunstâncias específicas do caso concreto e que deverá ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão/conflito entre direitos fundamentais de diversos titulares, buscando-se sempre uma solução embasada na ponderação dos valores em pauta, norteada pela busca do equilíbrio e concordância prática, de forma a não sacrificar por completo de um dos direitos fundamentais em questão, preservando na medida do possível a essência de cada um.

3 DIREITOS DA PESSOA CONSIDERADA EM SI MESMA: DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

A expressão Direitos Humanos tem sido objeto de polêmica, haja vista a tendência de utilizar indistintamente diversas expressões como sinônimas, comprometendo não apenas a sua compreensão, mas a sua aplicação e proteção. Frequentemente, são utilizados como sinônimos direitos humanos e direitos fundamentais, termos que, apesar da doutrina não especializada empregar indiscriminadamente, referem-se a instituições diferentes. (LOPES, v. 48, n. 192, 2011, p. 11).

Verifica-se na literatura jurídica uma diversidade semântica quanto à terminologia desses direitos, que ora são chamados de direitos

humanos ou fundamentais, quando se referem à tutela de determinados direitos do ser humano frente ao Estado; e ora são chamados de direitos da personalidade ou direitos personalíssimos, quando se referem à tutela de projeções do ser humano frente aos seus semelhantes. Essa é a clássica dicotomia dos ramos do Direito que coloca de um lado os direitos humanos e os direitos fundamentais (direito público) e de outro, os direitos da personalidade (direito privado), e se baseia no *"modelo da incomunicabilidade"*, na concepção de Judith Martins-Costa, em que "*Constituição e Código Civil andavam paralelos, como mundos que não se tocavam senão sob o aspecto formal, em razão do princípio da hierarquia das leis.*" (MARTINS-COSTA, 2003, p. 65).

Um conceito de direitos humanos deve reconhecer sua dimensão histórica e também levar em consideração o fato de que eles não foram revelados para a humanidade em um único momento. Ao contrário, tais direitos foram construídos ao longo da história humana, através das evoluções e modificações nas realidades social, industrial, política, econômica, entre outras. (BOBBIO, 1992, p. 13).

O ideal seria a identificação dos direitos humanos internacionalmente regulados com os direitos fundamentais constitucionalmente positivados em cada Estado. Estes últimos, conforme os defensores da teoria dos direitos naturais, haviam proposto séculos antes, corresponderiam ao conjunto de normas básicas de todo ordenamento jurídico positivo, baseado no resguardo da dignidade do ser humano e nos valores da igualdade e da liberdade. (LOPES, v. 48, n. 192, 2011, p. 10). Porém, nota-se que não se pode tratar como idênticos os termos Direitos

Humanos e Direitos Fundamentais, por não haver uma total correspondência. Na prática, o que se vê é que cada Estado incorpora no seu ordenamento jurídico os Direitos Humanos mais próximos aos seus próprios valores e decide quais serão constitucionalizados (adquirindo a categoria de fundamentais) e quais competirão ao nível infraconstitucional e, até mesmo quais serão descartados ou ignorados. Partindo dessas premissas, e não retirando a historicidade dos conceitos, considera-se direitos humanos *"os princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos"* enquanto que os direitos fundamentais *"são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente."* (LOPES, v. 48, n. 192, 2011, p. 10).

Na origem histórica, a expressão direitos humanos se refere a determinados direitos, geralmente reconhecidos nos documentos internacionais, conferidos a todo ser humano exclusivamente em razão de pertencerem ao gênero humano, independentemente de sua vinculação a uma determinada ordem estatal (SARLET, 2005, p. 36). Em outras palavras, são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos, assumindo uma "*dimensão jusnaturalista-individualista.*" (CANOTILHO, p. 391). Já os direitos da personalidade guardam relação com a projeção desses direitos no plano interno, especificamente no âmbito das relações interprivadas.

Assim, em princípio, os direitos humanos são os mesmos da personalidade. A diferença é que os direitos humanos se referem aos

direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, ou seja, deseja-se protegê-los contra as arbitrariedades do Estado; e os direitos da personalidade são os mesmos direitos sob o prisma do direito privado (relações entre particulares). Ou seja, deseja-se protegê-los dos atentados perpetrados por outras pessoas. (DE MATTIA, n. 56, 1977, p. 247).

Em que pese o exposto, é necessário o reconhecimento de que essa dicotomia compartimental entre Direito Público e Direito Privado é contrária à tutela plena da pessoa humana, que não, raras as vezes, exige a proteção do Estado e das sociedades intermediárias simultaneamente, como frequentemente se vê no direito de família (TEPEDINO, 2004, p. 38). A tutela da personalidade não pode ficar contida em setores estanques, em que de um lado estão os direitos humanos e do outro, as situações jurídicas de direito privado. À luz do sistema constitucional, a pessoa demanda proteção integrada de modo a superar essa dicotomia entre o direito público e direito privado, para que possa atender à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana. (TEPEDINO, 2004, p. 52-53).

Desse modo, é inviável manter uma concepção exclusivamente privatística dos direitos da personalidade, sem reconhecer a sua vinculação e identificação com os direitos humanos e com os direitos fundamentais.

O direito da personalidade é entendido como o direito que tem qualquer ser humano de defender o que lhe é próprio, como privacidade, a intimidade, a honra, a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, entre outros, contra os particulares ou contra o Estado. Ou seja, é o direito subjetivo de exigir um comportamento negativo de todos (pessoas públicas ou privadas), estando, no sentido material, inseridos na categoria de direitos

humanos. Isso porque os direitos da personalidade têm por objeto a tutela do ser humano e de sua dignidade, não importa onde ela se manifeste, não havendo, portanto, como negar que eles constituem *"direitos humanos por excelência"*. Já a expressão "direitos fundamentais" se refere a certos direitos expressamente positivados no texto constitucional. (LÔBO, a. 7, n. 119, 2003).

Para Sarlet, os direitos fundamentais são um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, sendo assim, direitos delimitados no espaço e no tempo, e sua denominação se dá pelo seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (SARLET, 2005, p. 32). Ou seja, são os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. (SARLET, 2005, p. 36).

Na expressão de Canotilho, os direitos fundamentais são os direitos humanos "jurídico-institucionalmente garantidos", limitados no espaço e no tempo (CANOTILHO, p. 391). Afirma ainda que muitos dos direitos fundamentais (mas nem todos) são direitos de personalidade, já que estes abrangem os direitos de estado (como os direitos de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade); os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoa, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Assim, devido à interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em nome da concepção de um direito geral de personalidade como "direito à pessoa ser e à pessoa devir",

a tendência atual é cada vez mais os direitos fundamentais serem direitos de personalidade e vice-versa. (CANOTILHO, p. 394).

Sobre o assunto, afirma Carmen Lúcia Antunes Rocha que:

> A manifestação dos direitos da pessoa na horizontalidade das relações entre particulares fez surgir o que vem sendo conhecido como direitos da personalidade. Estes não são diferentes dos direitos fundamentais da pessoa, nem o poderiam ser, porque tudo parte e converge para os fundamentos constitucionais dos direitos. […] mas que é considerado também em seus contatos e na convivência entre particulares, neste espaço regendo-se por normas de direito privado (ROCHA, 2004, p. 53).

No mesmo sentido, afirma Alexandre dos Santos Cunha que os direitos da personalidade são direitos fundamentais do indivíduo, "*subsumidos no princípio da dignidade da pessoa humana, em si direito fundamental, e, devendo ser alvo da tutela do Estado, são campo de livre exercício da autonomia privada, dela constitutivo, não podendo ser limitados senão tendo em vista a salvaguarda de direitos de terceiros*." (CUNHA, 2002, p. 261).

Por outro lado, não há como se negar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais, razão pela qual alguns autores tem preferência pela denominação "direitos humanos fundamentais." (BARROS, 2003, p. 38). Alexandre de Morais define os "direitos humanos fundamentais" como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do homem *"que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal*

e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.” (MORAIS, 2003, p. 39). Pérez Luño define tais direitos como “*um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional*.” (CASTRO; LUNO; CID; TORRES, 1979, p. 43).

Portanto, não há dicotomia entre os direitos humanos e direitos fundamentais, devendo ser repelida qualquer tendência dissociativa, até mesmo porque discriminatória dos direitos humanos, já que lhes atribuem contornos amplos e imprecisos, sem concreção normativa (BARROS, 2003, p. 38). Cabe apenas a distinção dos direitos humanos dentro de uma escala de fundamentalidade, separando os direitos humanos (chamados de principais), por comporem princípios de outros direitos mais particulares que neles se fundamentam para dar-lhes maior concretude, de outros direitos humanos que os operam e materializam em situações bem determinada, chamados de “direitos humanos operacionais ou instrumentais.” Sendo que até estes, no momento e no lugar em que concretizam os principais, são fundamentais:

> […] o direito ao sono. Tomado em si mesmo, em abstrato, não há por que incluí-lo nas declarações de direitos entre os fundamentais. Mas, no tempo e no lugar em que ele protege a vida e a saúde humanas, como, por exemplo, à noite nas imediações do Aeroporto de Congonhas em São Paulo, ele é fundamental como o direito à vida e à saúde, que ele defende. […], o direito de amamentar é igualmente

> operacional do direito à vida e à saúde (BARROS, 2004, p. 610).

Ainda, pode-se realizar uma distinção entre direitos formalmente e materialmente fundamentais, já que se identifica no catálogo de direitos fundamentais da Constituição vários dispositivos que, por não guardarem relação direta com a proteção da dignidade humana, não seriam direitos fundamentais em sentido material. Exemplo é o caso dos artigos que tratam do alistamento eleitoral, da autonomia dos partidos políticos, da liberdade de associação sindical, entre outros (SARLET, p. 150). São direitos constitucionais apenas no sentido formal; todavia, que poderiam constar da legislação infraconstitucional. Favorecem-se da positivação da Constituição, mas o seu conteúdo não pode ser considerado materialmente fundamental. (CANOTILHO, p. 404).

Nesse sentido, todos os direitos fundamentais, em sentido material, são também direitos da personalidade e direitos humanos. A "fundamentalidade material", que corresponde à derivação direta da dignidade da pessoa humana e à tutela dos valores essenciais de todos os seres humanos, é comum aos direitos humanos, aos direitos materialmente fundamentais e aos direitos da personalidade. A única distinção possível entre essas três categorias pode ser realizada somente no plano do direito positivo (formal), nas chamadas esferas de positivação, vez que é sabido que o catálogo de direitos humanos reconhecidos na ordem internacional é mais amplo que o elenco de direitos fundamentais constitucionais positivados na ordem estatal interna de cada país. Entretanto, no plano material, inexistem diferenças concretas. (DELGADO, 2005, p.15).

Conclui-se, assim, que nem todos os direitos humanos estão positivados na Constituição ou no Código Civil. Por outro lado, se nem todos os direitos fundamentais em sentido formal caracterizam-se também como direitos da personalidade, todos os chamados direitos da personalidade são também direitos materialmente fundamentais e, tanto esses como aqueles são direitos humanos (DELGADO, 2005, p.15).

Figura 1 (DELGADO, 2005, p.15).

4 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO PENAL

A presença de direitos da personalidade no direito positivo brasileiro é constante no Código Penal, Código Civil e inserida em preceitos especiais com repercussão no Direito Comercial, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, do Trabalho e, sobretudo, Constitucional (PEREIRA, v. 3, n. 3, 1995, p. 09). Assim, um único ato pode gerar lesão em mais de um âmbito.

O Código Civil dedicou um capítulo ao tema (Capítulo II – Dos direitos da personalidade – art. 11 ao art. 21), disciplinando a matéria, de caráter não exaustivo, buscando proteger o indivíduo no âmbito privado,

através da preservação da liberdade e da autonomia própria de cada indivíduo. (BRASIL. Lei10.406, 2002).

Constitucionalmente, os direitos da personalidade são disciplinados em diversos artigos distintos, já que a Constituição de 1988, com a consagração máxima da dignidade, passou a ser o centro desta nova realidade jurídica (MORAES, 2003, p.81-83), primando por uma nova ordem jurídica na defesa da pessoa e autonomizando direito ao desenvolvimento da personalidade. (THEODORO JUNIOR, 2003, v. 3, tomo II, p. 41). Um dos pontos marcantes da pessoa no século XXI foi a tutela ampla e irrestrita dos direitos da personalidade, o que se nota no artigo 5º, inciso X, da CF/88, combinado com os artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002 e com artigos alternados do Código Penal.

Veja-se que foi somente a partir de 1988 que se explicitou as regras fundamentais, de caráter geral, visando tutelar o ser humano em toda a sua amplitude *"dignidade, liberdade de manifestação de pensamento, inviolabilidade de intimidade, da vida privada, da honra e da imagem.*" (CAHALI, 2005, p. 62). A Constituição Federal pátria atual consagrou a dignidade humana princípio fundamental do Estado Brasileiro (art.1º, III) e ampliou significativamente o rol dos direitos e garantias fundamentais em relação às Constituições anteriores, atribuindo a esses aplicabilidade imediata. (BARROS, 2000, p. 93). Pela leitura do preâmbulo e dos primeiros artigos da Constituição e do *status* de cláusula pétrea dados a esses direitos, resta clara a opção constitucional pela centralidade da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, dos direitos fundamentais (BARCELLOS, 2003). Portanto, existe uma vinculação

indissociável entre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, sendo este um dos postulados nos quais se assenta o Direito Constitucional hodierno.

No âmbito penal, os direitos da personalidade foram inseridos no próprio Código Penal, como direitos de tutela repressiva, pelas diversas figuras tipificadas como crimes, visando proteger as pessoas contra atentados de outras, a exemplo, dos delitos contra a vida, contra a saúde, contra a liberdade e a honra, entre outros. (BITTAR, 1999, p. 50-51). Ressaltando-se que as sanções penais não inibem as cíveis ou administrativas. Complementa Carlos Alberto Bittar que:

> As figuras delituosas previstas no estatuto repressivo – e que levam em conta diferentes bens jurídicos que compõem a personalidade humana – espraiam-se desde os crimes contra a vida, com o homicídio (art. 121); o induzimento a suicídio (art. 122); o infanticídio (art. 123) e o aborto (art. 124); aos crimes de periclitação da vida e da saúde, com diversas situações de perigo (arts. 130 a 136) e à rixa (art. 137); aos crimes de lesões corporais (art. 129); aos crimes contra a honra, compreendendo a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139) e a injúria (art. 140); aos crimes contra a liberdade individual, com o constrangimento ilegal (art. 146), a ameaça (art. 147), o seqüestro e o cárcere privado (art. 148), e a redução à condição análoga à de escravo (art. 149); aos crimes contra a inviolabilidade do domicílio (art. 150) e aos crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152, incluídas as de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, e a de correspondência comercial), e, por fim, aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos (comum e profissional) (arts. 153 e 154) (BITTAR, 1999, p. 50-51).

No Brasil, afirma-se que a tutela penal foi precursora na defesa dos direitos da personalidade, punindo os crimes cometidos contra a vida, a integridade física, psíquica e moral. (LEITE, 2001, p. 161).

Atualmente entende-se que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos do indivíduo e da comunidade e a proteção desses bens é imprescindível para resguardar as condições de vida, a paz e o desenvolvimento social, motivo pelo qual o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos resumiu-se em verdadeiro axioma da ciência do Direito Penal (PRADO, 1997, p. 24). De outro lado, esse princípio ressalta a importante função político-criminal cumprida pelo bem jurídico como um dos principais critérios de individualização e de delimitação da matéria objeto de tutela penal (PRADO, 1997, p. 15).

Assim, a sanção penal mostra-se como reserva de *ultima ratio*, necessária à proteção de bens jurídicos que, por sua vez, cumprem a finalidade de tutela da pessoa humana, objeto final de proteção do ordenamento jurídico. (TAVARES, 2000, p. 180).

Quanto à incidência dos direitos da personalidade no âmbito penal, salienta-se que a legislação penal trata-se de um complexo normativo estruturado e baseado em deveres e a doutrina portuguesa ensina que existem deveres jurídicos, correspondentes aos direitos subjetivos alheios, que restringem a existência e a validade do direito geral de personalidade, tais como os deveres criminais de primeira linha que criam obrigação de não praticar crimes. Contudo, adverte-se que o próprio titular dos direitos da personalidade pode ser limitado por deveres próprios e não

correspondentes aos direitos subjetivos alheios, à exemplo do dever de cumprir uma medida de segurança. (ALEIXO; SOUSA, 1995, p. 526-528).

Nesse sentido, verifica-se que muitas são as normas de Direito Penal que tipificam infrações cometidas contra bens jurídicos reconhecidos como objeto de direitos da personalidade, tais como crimes contra a honra, contra a integridade física e a vida, contra a liberdade individual, dentre outros, surgindo, então, a problemática a respeito da possibilidade de as normas penais tratarem sobre bens de direito privado derivados de direitos subjetivos. (CUPIS, 2004, p. 39).

É facilmente compreensível que os direitos da personalidade resultam de norma de Direito Privado e de Direito Público, estando a problemática resolvida. Entretanto, esta conclusão leviana pode ser rechaçada pela assertiva de que a proteção penal é pública, já que a lesão ao Direito Penal é estabelecida no interesse público, concluindo-se assim que, para solucionar o problema, é necessário examinar a função da norma penal. (CUPIS, 2004, p. 40).

O cerne do Direito é garantir e defender um sujeito de outrem, de acordo com cada caso em concreto, de modo que a tutela jurídica tem por objetivo as situações particulares relativas aos bens denominadas de "interesses", e não tais bens considerados em si mesmo. O interesse público é a vontade coletiva do Estado, compreendendo todos os interesses singulares, pelos quais o Estado prepara a tutela penal, vez que os considera como próprios (individuais) e não de terceiros. Já o interesse privado é a ofensa a determinado indivíduo lesado pela violação da norma penal. Depreende-se, assim, que a tutela dos interesses privados é puramente

reflexa ou imediata, já que os interesses lesionados determinados por cada infração são resguardados pelo Direito Penal, já que coincidem com o interesse do próprio Estado. (CUPIS, 2004, p. 40-41).

Fato é que independentemente da posição adotada, os interesses privados são também objeto de tutela penal, propositalmente ou por coincidentemente, pois, quando o Estado proíbe pela norma penal, ele tutela o interesse privado e público. Isso porque a norma jurídica é criada com o fito de a finalidade de proporcionar a utilidade geral, decorrência da obrigação do Poder Legislativo de levar em consideração o interesse de todos. Também, partindo-se da premissa que a sociedade é constituída pelos indivíduos, tais normas também são criadas nos interesses dos mesmos (CUPIS, 2004, p. 41-42).

Necessário ressaltar que aos sujeitos dos interesses privados tutelados não é dado o poder de aplicar da sanção penal (CUPIS, 2004, p. 41-42); logo, alguns interesses privados (como a honra, liberdade, vida, entre outros direitos da personalidade) podem ser tutelados por normas penais, ainda que reflexamente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem o intuito de esgotar o tema, ou ainda, de traçar conclusões inéditas a esse respeito, o presente trabalho teve como objetivo coligir ideias e teses acerca dos direitos da personalidade, em especial, no âmbito penal.

Nada obstante a previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas a respeito dos direitos da personalidade, estas não logram

êxito em resguardar uma proteção exaustiva à pessoa humana, ou seja, não tutelam todas as irradiações da personalidade em todas as suas formas de manifestações possíveis. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, tornou-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja titular a pessoa humana. Ademais, a rigorosa divisão do Direito Público e Privado nem sempre se mostra satisfatória para a proteger a personalidade que, na maioria dos casos, necessita de proteção, ao mesmo tempo do Estado e das sociedades intermediárias (empresa, família, associações, entre outros), como se vê frequentemente nos casos de Direito de Família, entre outros, surgindo a necessidade de superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado.

Mediante a constitucionalização do Direito Privado, percebeu-se que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva, desempenham outra função, quer seja o estabelecimento de valores na sociedade (dimensão objetiva). Tais valores irradiam por todo o ordenamento jurídico, de modo que a Constituição é enxergada como ordem de valores.

A teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. À exceção de uma vinculação exclusiva dos órgãos estatais, todas as normas de direitos fundamentais vinculam diretamente os sujeitos privados e, portanto, são eficazes nas relações entre particulares. Nas relações trabalhistas, por exemplo, como relações privadas, estão sujeitas à vinculação do particular empregador aos direitos fundamentais, uma vez que se tratam de relações marcadas pela

desigualdade e pela existência de um poder social do empregador. Em caso de colisão de conflito de direitos fundamentais, com base nas circunstâncias específicas do caso concreto, deve-se buscar sempre uma solução embasada na ponderação dos valores em pauta, norteada pela busca do equilíbrio e concordância prática, de forma a não sacrificar por completo de um dos direitos fundamentais em questão, preservando na medida do possível a essência de cada um.

De forma simplista e pela tradicional doutrina da dicotomia entre o Direito Público e o Privado, a expressão direitos humanos se refere aos princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos; enquanto a expressão direitos fundamentais designa a positivação destes direitos na Constituição de cada Estado, ou seja, são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente. Por outro lado, quando se fala em Direitos da Personalidade, verifica-se que estes exercem, em tese, a tutela jurídica no âmbito do direito privado, e estão consagrados na legislação infraconstitucional e constitucional. Em tese, porque atualmente Sarlet fala em vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, culminando em uma confluência entre os direitos humanos, fundamentais e da personalidade, daí a necessidade de superação da citada dicotomia.

Assim, superada a divisão entre Direito Público e Privada, conclui-se que nem todos os direitos humanos estão positivados na Constituição ou no Código Civil. Por outro lado, se nem todos os direitos fundamentais em sentido formal caracterizam-se também como direitos da

personalidade, todos os chamados direitos da personalidade são também direitos materialmente fundamentais e, tanto esses como aqueles são direitos humanos.

A Constituição Federal pátria atual consagrou os direitos da personalidade no artigo 5º do Texto Constitucional, com o *status* de cláusulas pétreas, inovando toda a ordem jurídica pré-existente referente ao tema e sem qualquer restrição quanto à sua proteção. A isso não poderia ficar indiferente o Direito Penal: como instrumento de tutela dos mais importantes bens jurídicos constitucionais (teoria constitucional eclética), incumbe a este ramo do ordenamento importante papel na tutela dos direitos da personalidade (vida, integridade física, honra e liberdade), ainda que não de forma primária, mas subsidiária e, de preferência, somente na medida em que possa demonstrar eficácia.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Rabindranth Valentino; SOUSA, Capelo de. **O direito geral da personalidade.** Coimbra: Coimbra, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais***:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos:** Paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Sergio Rezende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In:* **Anais – IV Congresso Brasileiro de Direito de Família- Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil.** Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Brasil Jurídica, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 1. ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Lei nº 10.406, DE 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm . Acesso em 24 Jul. 2020.

CAHALI, Yussef, Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina.

CASTRO, J. L. Cascajo, LUNO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gomes. **Los derechos humanos:** signification, estatuto jurídico y sistema. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1979.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil. **In:** MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Campinas: Romana, 2004.

DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade. Aspectos gerais. **Revista de Informação Legislativa**. Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 56, Senado Federal, Brasília, outubro/dezembro de 1977.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família, p. 01-57. *In:* **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 2005. Disponível em: www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/34.pdf. Acesso em: 29 Jul. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampa.io. **Introdução ao estudo de direito:** técnica, decisão e dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da personalidade. *In:* SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Coord,). **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade** . Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445 . Acesso em: 24 Jul. 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A era dos direitos de Bobbio: Entre a historicidade e a atemporalidade. **Revista de informação legislativa,** v. 48, n. 192, p. 07-19, out./dez. 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de**. Ampliando os Direitos da Personalidade.** Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 19 Jun. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2003.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Os direitos da personalidade. **Revista Pensar,** Fortaleza, v. 3, n. 3, p. 05-19, 19 Jan. 1995.

PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang**.** Direitos Fundamentais E Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **A Constituição concretizada:** construindo pontes com o direito público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 107-163. Disponível em: http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2018/03/SARLET-Direitos-fundamentais-e-direito-privado.pdf. Acesso em: 20 Mai. 2020.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.**7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In:* TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil:** Estudos na perspectiva civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, tomo II.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; DE OLIVEIRA, Edmundo Alves; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 19, p. 208-220, 2018.

XII. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA SOBRE ÁREAS DE IMPORTÂNCIA AMBIENTAL E POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

Thiago Vinícius Antoniassi[1]
Juliane Ap. Kerkhoff [2]

RESUMO: O presente trabalho, mediante levantamento bibliográfico, estuda a isenção do imposto sobre a propriedade territorial rural – ITR – sobre as áreas destinadas à proteção ambiental em imóveis rurais e o seu caráter extrafiscal, a fim de estimular a preservação do meio ambiente. Abordamos ainda a possibilidade do pagamento pelos serviços ambientais prestados pelos proprietários rurais em prol das presentes e futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Isenção do Imposto Territorial Rural. Áreas de proteção Ambiental. Pagamento por Serviços Ambientais.

ABSTRACT: The present work, through a bibliographic survey, studies the exemption from the tax on rural territorial property - ITR on areas destined for environmental protection in rural properties, and its extra-fiscal character, in order to stimulate the preservation of the environment, as well as , we also addressed the possibility of paying for environmental services provided by rural owners in favor of present and future generations.

KEYWORDS: Rural Territorial Tax. Exemption. Environmental protection areas. Payment for Environmental Services.

---

[1] Policial Militar no Estado do Paraná. Graduando do Curso de Direito na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Mandaguari - turma 2020; Técnico em Agropecuária pelo Colégio Agrícola Manoel Ribas.

[2] Advogada nas áreas Ambiental, Urbanístico, Administrativo, Agrário; Especialista em Direito Ambiental; Especialista em Gestão de Recursos Hídricos; Mestre em Análise Regional e Ambiental; Mestre em Direito; Professora de Direito Ambiental e Urbanístico na Faculdade Maringá; Professora de Direito Tributário e Teoria Geral do Estado na FAFIMAN; Assessora Jurídica no Escritório Regional do Instituto Água e Terra - Maringá.

1. INTRODUÇÃO

A extrafiscalidade na tributação é uma das principais formas encontradas pelo Estado para influenciar o indivíduo e a sociedade como um todo à promoção de práticas sustentáveis, entre outras. O objetivo dessa pesquisa é apresentar as isenções tributárias previstas na legislação no que tange ao ITR com função extrafiscal, visando compensar o produtor pela perda de área útil cultivada e consequentemente pela preservação de áreas de essencial importância.

Para tanto, foram realizados estudos bibliográficos, em que no primeiro momento, será explanado sobre tributo, trazendo inclusive referências de autores e julgado; num segundo momento será explanado sobre a função social do referido imposto e as áreas de proteção ambiental sobre as quais o benefício recai, com demonstrativo do percentual da área do Brasil e as quantias disponibilizadas para cada atividade, podendo-se observar o montante preservado.

Para finalizar, abordaremos a possibilidade criada pela legislação brasileira de pagamento por serviços ambientais, fatores que somados são relevantes ao incentivo da preservação do meio ambiente e uma justa compensação ao produtor rural pelo *múnus* público que lhe recai no sentido de preservação e manutenção destes espaços.

2. TRIBUTO

Os tributos são receitas tributárias caracterizados como aquilo que se presta por dever ao Estado. O Artigo 146, III, “a” da Constituição

da República Federativa do Brasil - CF atribui à lei complementar, entre outras tarefas, a função de definir os tributos.

Vários são os autores que discorrem sobre os tributos e, em suma, fazem referência ao conceito estabelecido pelo Código Tributário Nacional – CTN, no seu artigo 3[3]°.

Mariano Júnior conceitua tributo como:

> A exigência compulsória e legal que o Estado e entidades de poder político-jurídico fazem, eventual ou periodicamente, a outras pessoas em obtenção não punitiva de dinheiro ou bem de valor de expressão em dinheiro, como forma de receita pública. (MARIANO JÚNIOR, 1994, p. 35).

Salienta Ataliba que o conceito de tributo é constitucional, e nenhuma lei pode alargá-lo, reduzi-lo ou modificá-lo:

> É que ele é conceito-chave para demarcação das competências legislativas e balizador do "regime tributário", conjunto de princípios e regras constitucionais de proteção do contribuinte contra o chamado "poder tributário", exercido, nas respectivas faixas delimitadas de competências, por União, Estados e Municípios. Direitos constitucionalmente pressupostos ou definidos não podem ser "redefinidos" por lei. Admiti-lo é consentir que as demarcações constitucionais corram o risco de ter sua eficácia comprometida. (ATALIBA, 1992, p. 31).

[3] Art. 3° - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Os tributos têm como função preponderante a arrecadação, no intuito de subsidiar a execução de serviços públicos. Entretanto, também está presente em alguns tributos a função extrafiscal, que consiste em "instrumentos de ordem econômica, para fins de regular a disponibilidade monetária, distribuir renda, ajustar o câmbio, regular a oferta de bens, dentre outras consequências". (OLIVEIRA, 2012, p. 117).

Para Alexandre (2014, p. 72), o tributo possui finalidade fiscal quando visa precipuamente a arrecadar, carrear recursos para os cofres públicos; são os casos do ISS, do ICMS, do IR e de diversos outros. O tributo possui finalidade extrafiscal quando objetiva fundamentalmente intervir numa situação social ou econômica, e parafiscal quando a lei tributária nomeia sujeito diverso da pessoa que a expediu, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos arrecadados para o implemento de seus objetivos.

Machado explica sobre isso:

> [...] o objetivo do tributo sempre foi o de carrear recurso financeiro para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setoriais econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia. [...] A esta função intervencionista do tributo dá-se o nome de função extrafiscal. [...] Assim, quanto a seu objetivo, o tributo é: (a) fiscal, quando seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado; (b) extrafiscal, quando seu objetivo principal é a interferência no

> domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros; (c) parafiscal, quando o seu objetivo é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, não integram funções próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidades específicas. (MACHADO, 2016, p. 69).

Neste sentido citamos também Pelegrini:

> Assim, pode-se extrair a inferência de que a extrafiscalidade impõe a tributação para que o Estado obtenha efeitos não arrecadatórios, mas econômicos, políticos e sociais, na busca dos fins que lhe são impostos pela Constituição. Não obstante, fiscalidade e extrafiscalidade estão sempre juntas, separam-se na maneira como é exposta e na experiência jurídica apresentada. (PELEGRINI, 2001, p. 1078).

Como já exposto acima, o tributo, de uma forma geral, não se presta apenas ao objetivo arrecadatório para subsidiar a execução de serviços públicos, tendo também uma função extrafiscal, que consiste em instrumentos de ordem econômica que objetivam a regulação de determinada matéria.

O Imposto Territorial Rural – ITR, tributo que é objeto de estudo deste artigo, tem esta característica de forma mais definida, por ser um imposto (espécie do gênero tributo), de caráter extrafiscal, pode ser aplicado de forma ativa como motivação para providências benéficas, bem como, prevenir atividades nocivas à sociedade e ao meio ambiente, como veremos a seguir.

2.1 Imposto Territorial Rural

Existem muitas críticas quanto à efetividade da função fiscal do ITR, bem como à sua missão extrafiscal de combate a latifúndios improdutivos. Não temos como foco discorrer sobre estes aspectos, e não abordaremos de forma específica valores e formas de cobrança de tal tributo.

O objetivo deste estudo é demostrar a possibilidade do Estado em compensar os produtores rurais pela não utilização de áreas agricultável de seu imóvel, em prol da proteção ambiental, dentre uma das ferramentas para essa compensação. Já pacificado está à isenção do ITR de determinadas áreas, como maneira de estimular a preservação e recuperação ambiental. Tal compensação vai ao encontro do estabelecido no artigo 225 da CF.[4]

Todavia, é necessário discorrer sobre o ITR, para compreender quanto à viabilidade desta isenção e pertinência do assunto. Assim, iniciamos sua análise com a redação do artigo 1° da lei 9.393/96:

> O Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, de apuração anual, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do município, em 1º de janeiro de cada ano. (BRASIL, 1996, *web*).

[4] Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Gonçalves conceitua o ITR como:

> Imposto sobre a propriedade territorial rural, de competência privativa da União, de incidência anual, específica sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse do bem, imóvel por natureza, localizado na zona rural; está tal imposto sujeito aos princípios constitucionais tributários e às limitações impostas ao poder de tributar. (GONÇALVES, 2001, p. 1048).

O fato gerador do ITR previsto no Art. 153, VI § 4° da CF, e arts. 29 a 31 do CTN é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localizado fora da zona urbana do Município.

A distinção de imóvel rural e urbano, para efeito de tributação, está prevista no art. 32 §§ 1° e 2°, do CTN – Lei 5.172/66.[5]

---

[5] Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.
§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:
I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
II - abastecimento de água;
III - sistema de esgotos sanitários;
IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.
§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.112.646/SP, acórdão 1032974-50.2019.8.26.0053, em 16 de janeiro de 2020, não enxergou tal regra como absoluta. Sendo admissível existir um imóvel localizado em área urbana, que tenha dois ou mais aspectos citados, mas, mesmo assim, não seja propício a incidir o IPTU municipal. Caso comprovado à exploração agropecuária ou agroindustrial sobre este, deverá sobressair o ITR, devido à função agrícola do imóvel. (SANTOS, 2020, *web*).

Neste mesmo sentido, a legislação agrária entende que o conceito de imóvel rural é "aquele que tem destinação agrícola", aplicando-se assim a chamada "teoria da destinação". Este entendimento fica claro no Artigo 15 do DL 57/66, ainda vigente:

> O disposto no art. 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel de que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados. (BRASIL, DL57/66, *web*).

O ITR é um tributo de competência exclusiva da União, sendo facultado aos municípios à fiscalização e cobrança, tendo como fato gerador o domínio útil ou a posse do imóvel, independentemente da localização do imóvel, desde que seja destinado à atividade agropecuária. É contribuinte do imposto o proprietário do imóvel, o

titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título (art. 4° lei 9.393/96).

Com a edição do Estatuto da Terra Lei 4.504/64, surgem novas discussões sobre o ITR e sua função, buscando uma forma de desestimular aqueles que, no exercício do uso da propriedade, não observarem sua função social e econômica, estimular a racionalização da atividade agropecuária dentro dos princípios de conservação dos recursos naturais renováveis, proporcionar recursos à União, aos Estados e Municípios para financiar os projetos de Reforma Agrária, além de aperfeiçoar os sistemas de controle de arrecadação dos impostos, conforme disposto no artigo 47, incisos I, II, III, IV. (BRASIL, 1964, *web*).

Para Francisco e Pellegrina, com a edição do Estatuto da terra, houve a necessidade de mudar a função social desse imposto:

> Pretendeu-se transformar tal imposto em um instrumento de promoção das políticas agrária e agrícola, estabelecendo contextos complexos de progressividade e regressividade em função da dimensão do imóvel, do valor da terra nua, do grau de utilização da terra, do grau de eficiência da exploração, da eficiência, da área rural no país dos imóveis rurais pertencentes ao mesmo proprietário. (FRANCISCO; PELLEGRINA, 2011, p. 500-501).

Nos próximos tópicos, citaremos sobre a isenção garantida pela legislação brasileira sobre espaços de relevância ambiental em imóveis rurais.

3. FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL

O Direito à propriedade não é absoluto, pois apenas se justifica, a partir do momento que configurar a sua função perante a sociedade; por isso a regra da função social também encontra-se explícita no do art. 5° [...] XXIII da CF/88 – "a propriedade atenderá a sua função social", e reiterada no inciso III do art. 170.

Neste sentido, a função social da propriedade tem uma conexão importante com o princípio da ordem econômica, pois o direito à propriedade privada está vinculado ao cumprimento da função social. Ou seja, significa que o proprietário deve agir de acordo com os requisitos da função social, sob pena, inclusive, de desapropriação por parte do Estado.

O referido princípio da função social da propriedade estabelece que o titular de um bem remete ao desempenho das disposições referentes ao *animus dominus* de maneira a delimitá-lo. Neste prisma, visa a proteger o meio ambiente fazendo com que a sua função não se perca e assim prejudique o equilíbrio ecológico que é o desígnio de toda a vida humana, pois, ante os dois institutos, o que prevalece é o meio ambiente por perfazer a seara dos bens públicos e ser o facilitador do bem viver. (RODRIGUES, 2013, p. 317).

Destarte a propriedade, absoluta e ilimitada, toma-se incompatível com a nova configuração dos direitos, que passam a tutelar interesses públicos, dentre os quais, a preservação ambiental. Assim, o

direito de propriedade adquire nova configuração e passa a estar vinculado ao cumprimento de uma função social e ambiental, é limitado no interesse da coletividade, com o fim de adequar-se às novas demandas de ordem ambiental. (CAVEDON; CERESER, 2013. p. 26 apud ALMEIDA 2015).

O artigo 186 da Constituição Federal definiu as condições para que se garanta a função social da propriedade rural, obrigando o proprietário rural a atender, simultaneamente, os seguintes requisitos: I) aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Segundo Rodrigues (2013, p. 310), o direito de propriedade está ligado ao proprietário que é livre para usar, gorar e dispor de seus bens da maneira como bem entender, salvo restrições legais.

O Brasil possui uma economia essencialmente agrícola, com alta concentração de terras. O ITR apresenta-se como um tributo de forte caráter social e ambiental, com um viés inequívoco de promoção da função social da propriedade, vez que áreas de especial proteção ambiental, incidentes nas propriedades rurais, não estão sujeitas à incidência do tributo (art. 10 § 1°, inciso II da Lei 9.393/96).

Dessa forma, trata-se de um indiscutível benefício fiscal com a finalidade de incentivar a preservação do meio ambiente e o cumprimento da função social do imóvel rural.

3.1. Áreas Ambientais Destinadas a Preservação

Entre as áreas de especial proteção ambiental, de que trata o art. 225, § 1º III da CF88, citamos neste artigo as Áreas de Preservação Permanente, as Áreas de Reserva Legal e as Unidades de Conservação.

Abaixo apresentamos brevemente o conceito e a legislação aplicável sobre estas áreas e a aplicabilidade da isenção do ITR sobre estes espaços.

3.1.1. Área de Preservação Permanente – APP

Inicialmente, em 1965, as APPs eram conhecidas como "florestas de preservação permanente". Essa nomenclatura gerava duplo sentido na interpretação da norma jurídica, pois se considerava de preservação permanente apenas as formações vegetais compostas por florestas. Isso fazia com que a norma não fosse cumprida nos locais onde não havia vegetação. Seguindo o espírito pela qual foi estabelecida, aparentemente, a norma não queria dizer bem isso. Este fato gerou a substituição do termo antigo e consolidação das "Áreas de Preservação Permanente" (APP), nos textos legais vigentes. (BORGES, 2011 *web*).

Atualmente, o conceito de APP é dado pela lei n° 12.651/12, (Código Florestal):

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei entende-se por:
> (...)
> II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com

> a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (BRASIL, 2012, *web*).

Segundo Granziera, “as APPs, possuem uma característica única em relação aos demais espaços protegidos, em função de sua localização, que pode incidir tanto sobre o patrimônio público como sobre o particular.” (2014, p. 462).

O artigo 4° da lei 12.651/12 estabelece a localização das APPs, e verifica-se que tais espaços não se referem apenas as margens de cursos hídricos, como imaginam alguns; mas, também, a outras áreas como encostas e topos de morros, a fim de proteção do solo e da estabilidade geológica do local.

A lei n° 12.651/12 dispõe que a intervenção ou a supressão de vegetação nativa em APP somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental. (GRANZIERA, 2014, p. 471).

Assim, mesmo o código florestal de 2012 ser considerado pela doutrina como relativizado em relação à proteção de espaços florestais importantes, no que tange às APPs, pouca alteração este espaço ambiental sofreu em relação ao código anterior (Lei 4771/1965). Das alterações havidas, citamos aqui as permissões de uso de APPS para atividades econômicas descritas no art. 4º, §§ 4º e 5º do referido código, quais sejam, uso da APP no entorno de reservatórios naturais ou

artificiais de até 10.000m² de lâmina d'água (ex. pesque pague) e uso de APP para plantio de culturas sazonais em pequena propriedade familiar (ex. citamos o caso de cultivo de arroz nas várzeas dos rios) e a obrigatoriedade de reflorestamento das áreas.

3.1.2. Área de Reserva Legal – ARL

A Lei Federal 12.651/ 2012, "código florestal", estipulou que todo imóvel rural deve manter uma área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal; regulando o tema do artigo 12 ao 25, alterou o local de publicidade da especialização da reserva legal que deixou de ser a matrícula do imóvel nos Ofícios de Registro de Imóveis e passou a ser o Cadastro Ambiental Rural – CAR, cadastro eletrônico mantido pelas autoridades ambientais, conforme se verifica no art. 18, "caput" e § 4º da referida Lei.

A reserva legal é definida pela Lei 12.651/12 em seu Art. 3° III:

> Área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa. (GRANZIERA, 2014, p. 490).

O código florestal ainda estabelece o percentual que cada região do País deve manter a título de Reserva legal:

> Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei:
> I - localizado na Amazônia Legal:
> a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas;
> b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado;
> c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais;
> II - localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento). (BRASIL, 2012, *web*).

Granziera complementa que:

> A lei determina que a Reserva Legal deve ser conservada com cobertura de vegetação nativa pelo proprietário do imóvel rural, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.
> Todavia, não se impede o manejo sustentável da área destinada à Reserva Legal. A norma admite a exploração econômica da Reserva Legal mediante manejo sustentável, previamente aprovado pelo órgão competente do SISNAMA, desde que adotadas práticas de exploração seletiva nas modalidades de manejo sustentável sem propósito comercial para consumo na propriedade e manejo sustentável para exploração florestal com propósito comercial. (GRANZIERA, 2014, p. 498).

Do ponto de vista funcional, os serviços ecossistêmicos prestados pela vegetação natural das áreas de reserva legal são muitas vezes restritos ao imóvel de exploração agrícola e ao seu entorno imediato, como o controle natural de pragas e doenças e a amenização dos efeitos provocados pela estiagem. (DELALIBERA *et al*., 2008; SILVA *et al*., 2012).

O Código Florestal admite a compensação da Reserva Legal sendo a ARL de uma propriedade X feita em propriedade Y diversa da primeira, sem prejuízo da instituição da ARL dessa segunda propriedade. A norma exige que a localização da área de compensação ocorra no mesmo bioma.

Ao adotar o bioma como critério para compensação, permite-se uma abrangência muito grande na escolha dos espaços, uma vez que os biomas brasileiros são extensos e possuem, em seu interior, características extremamente diversas. Por exemplo, o bioma Mata Atlântica compreende desde as florestas de araucária no sul, até a zona da mata do nordeste. (GRANZIERA, 2014, p. 503).

A Lei 12.651/2012 ainda possibilitou o cômputo da área de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, desde que atendido certos requisitos. Também possibilita a realização de manejo sustentável destas áreas, o que permite sua exploração econômica.

Para saber se uma propriedade precisa regularizar sua ARL, dois aspectos principais precisam ser considerados: o primeiro é a

situação da ARL em 22/07/2008; e o segundo é o tamanho da propriedade em módulos fiscais que é uma unidade de medida, em hectares, cuja dimensão varia de acordo com o município onde está localizada a propriedade.

3.1.3. Unidade de Conservação - UC

Em se tratando de uma manifestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o Poder Público é competente para instituir, alterar e mesmo extinguir as Unidades de Conservação, em áreas de domínio público ou privado. (GRANZIERA, 2014, p. 521).

A unidade de conservação é conceituada na lei 9.985/2000 como:

> Art. 2º, I - unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção. (BRASIL, 2000, *web*).

Segundo Ganziera (2014), o ponto central a respeito das Unidades de Conservação refere-se a sua gestão, tendo essa responsabilidade os órgãos e entidades do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA). Ou seja, a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, cujos órgãos e entidades detenham competência

para tanto. Podendo nos termos do artigo 30 da Lei n° 9.985/2000, ocorrer a gestão compartilhada por Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), mediante instrumento a ser firmado com o órgão responsável por sua gestão. (BRASIL, 2000, *web*).

Existem duas categorias de Unidade de Conservação especificadas na Lei 9.985/00 que trata do Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC, as de Proteção Integral e as de Uso Sustentável, conforme se apresenta a seguir.

As Unidades de conservação de proteção integral são áreas de posse e domínio públicos. As propriedades particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas; não podem ser habitadas pelo homem, por ser admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais sujeito às normas e restrições estabelecidos no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração e àquelas previstas em regulamento em atividades como pesquisa científica e turismo ecológico, por exemplo.

As Unidades de Uso Sustentável procuram compatibilizar o uso sustentável dos recursos naturais com a conservação da natureza, por isso admitem a presença de moradores nos locais. Nessas unidades, são permitidas atividades que envolvam coleta e uso dos recursos naturais, desde que ocorram de forma responsável, não exaurindo os recursos ambientais e prejudicando os processos ecológicos.

Entre os tipos de unidades de conservação de uso sustentável, citamos as Reservas Particulares do Patrimônio Natural – RPPN, que são Unidades de Conservação instituídas em imóveis privados;

transcrevemos matéria divulgada pelo Governo Federal que trata do tema:

> O Brasil conta atualmente com 1.567 Reservas Particulares do Patrimônio Natural (RPPN), que juntas somam quase 890 mil hectares. Minas Gerais (350), Paraná (282) e Bahia (157) são os estados com mais unidades de conservação desse tipo, seguidos por Rio de Janeiro (152), São Paulo (99) e Santa Catarina (84). O bioma com mais unidades é a Mata Atlântica, seguido pelo Cerrado e pela Caatinga. [...]
> **Criadas de forma voluntária, muitas vezes pela iniciativa dos proprietários rurais, essas reservas têm como principal objetivo a conservação da diversidade biológica, garantindo de forma perpétua a sua preservação.** No momento em que o proprietário da terra decide criar uma RPPN, ele assume o compromisso com a conservação da natureza, e o faz de modo perpétuo, através do gravame da reserva na matrícula do imóvel. O proprietário pode vender o imóvel, mas como ela estará averbada nos registros do imóvel, ela continuará protegida", afirmou Bernardo Ferreira Alves de Brito, coordenador de Criação de Unidades de Conservação (COCUC), do ICMBio.
> **Em contrapartida, após a criação da RPPN, o proprietário obtém a isenção do pagamento de impostos territoriais, como ITR,** e poderá captar recursos para Projetos de Conservação Ambiental, com prioridade sobre outras áreas distintas. Além disso, o município também sai ganhando. Com a criação da RPPN, ele pode receber mais recursos dos estados através do ICMS Ecológico. (GOV.BR, 2020, *web*). Grifamos.

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade ICMBio - autarquia federal vinculado ao Ministério do Meio Ambiente – é o responsável pela Gestão do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, podendo propor, implantar, gerir, proteger, fiscalizar e monitorar as UCs em todo o País. (ICMBio, *web*).

3.2. Da isenção do ITR sobre as Áreas de Preservação Permanente, Áreas de Reserva Legal e Unidades de Conservação

Como já falamos na seção 1, atualmente, o ITR é regulado pela Lei 9.393/96; da presente lei, extraímos regras de exclusão de tributação sobre áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal dos imóveis rurais. Vejamos:

> Art. 10. A apuração e o pagamento do ITR serão efetuados pelo contribuinte, independentemente de prévio procedimento da administração tributária, nos prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, sujeitando-se a homologação posterior.
> (...)
> II - área tributável, a área total do imóvel, menos as áreas:
> a) de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. (BRASIL, 1996, *web*).

O Decreto n.º 4.382/2002, do Ministério do Meio Ambiente, Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural e traz a forma de

incidência do tributo, as isenções, bem como, as definições de quais áreas são tributáveis pelo imposto, contando expressa exclusão das áreas de relevância ambiental da base de cálculo, nos incisos do artigo 10:

> Art. 10. Área tributável é a área total do imóvel, excluídas as áreas (Lei nº 9.393, de 1996, art. 10, § 1º, inciso II):
> I - de preservação permanente;
> II - de reserva legal;
> III - de reserva particular do patrimônio natural;
> IV - de servidão florestal;
> V - de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas nos incisos I e II do caput deste artigo (Lei nº 9.393, de 1996, art. 10, § 1º, inciso II, alínea "b");
> VI - comprovadamente imprestáveis para a atividade rural, declaradas de interesse ecológico mediante ato do órgão competente, federal ou estadual (Lei nº 9.393, de 1996, art. 10, § 1º, inciso II, alínea "c"). (BRASIL, 2002, *web*).

A isenção é a dispensa do pagamento de um tributo devido, em face da ocorrência de seu fato gerador; é uma exceção instituída por lei à regra jurídica da tributação. O artigo 175, I, do CTN, estabelece que a isenção é uma forma de exclusão do crédito tributário.

Conforme Souza, isenção é o favor fiscal concedido por lei, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido. (SOUZA, 2005, p. 159).

A Secretária da Receita Federal do Brasil publicou em 2002 a Instrução Normativa n.º 256, alterada pela Instrução normativa n° 861

de 17 de julho de 2008, que dispõe sobre as normas de tributação do ITR, estabelecendo as propriedades isentas a tal tributação, entre as quais, citamos a pequena gleba rural. Dentre as legislações supramencionadas, encontramos diversas áreas sobre as quais não recai a tributação do ITR. Todavia, neste trabalho, nosso principal objeto são as áreas de preservação, reserva, recuperação e conservação e ambiental. Assim, o artigo 9° da instrução normativa 256/2002 praticamente reescreveu o artigo 10 do Decreto 4.382/2002 já mencionado que, por sua vez, praticamente reescreve o disposto no art. 10 § 1°, inciso II da Lei 9.393/96 supracitada. Ambos os dispositivos isentam as áreas de relevância ambiental dessa tributação. Passa a esclarecer quais medidas devem ser adotadas para obtenção desta isenção:

> Art. 9º Área tributável é a área total do imóvel rural, excluídas as áreas:
> **I - de preservação permanente;**
> **II - de reserva legal;**
> **III - de reserva particular do patrimônio natural;**
> IV - de servidão florestal;
> V - de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declaradas mediante ato do órgão competente,
> federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas para as áreas de preservação permanente e de
> reserva legal;
> VI - comprovadamente imprestáveis para a atividade rural, declaradas de interesse ecológico mediante ato do órgão
> competente, federal ou estadual.

> (...)
> **§ 3º Para fins de exclusão da área tributável, as áreas do imóvel rural a que se refere o caput deverão:**
> **I - ser obrigatoriamente informadas em Ato Declaratório Ambiental (ADA), protocolado pelo sujeito passivo no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), observada a legislação pertinente**. (BRASIL, 2002, *web*) *grifo nosso*.

Ao longo dos anos, várias discussões ocorreram quanto à necessidade de condicionamento das áreas ambientais serem averbadas na matricula do imóvel, ou constarem em Ato Declaratório Ambiental – ADA; para fazer jus a isenção do ITR, pacificando esta *disceptatio*, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, firmou entendimento, conforme passamos a observar:

> AgRg no REsp 1429841 / SC AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
> 2014/0007046-5.
> Relator (a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133).
> Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA.
> Data do Julgamento 19/02/2019.
> Data da Publicação/Fonte REPDJe 26/02/2019 DJe 25/02/2019
> Ementa
> TRIBUTÁRIO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPRESCINDIBILIDADE DA AVERBAÇÃO PARA O DEFERIMENTO DA ISENÇÃO DE ITR DECORRENTE DO

> RECONHECIMENTO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> **1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que ser inexigível, para as áreas de preservação permanente, a apresentação do Ato Declaratório Ambiental com vistas à isenção do ITR. Porém, tratando-se de área de reserva legal, é imprescindível a sua averbação no respectivo registro imobiliário** (*grifo nosso*). (REsp.1.638.210/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 5.12.2017; REsp.1.450.344/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2016; AgInt no AREsp. 666.122/RN, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 10.10.2016;EDcl no AREsp 550.482/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 21.8.2015) 2.Agravo Regimental da Sociedade Empresária a que se nega provimento. (STJ, 2019, *web*).

O ITR é realizado mediante declaração do proprietário do imóvel ao INCRA e, caso ocorra à cobrança do imposto sobre áreas que possui e for declarada com direito à isenção, tal cobrança deve ser questionada mediante defesa por recurso administrativo junto ao mesmo órgão; e em caso de indeferimento, pode se socorrer ao judiciário.

Destarte, a exclusão das áreas de preservação permanente, reserva legal e RPPNs da base de cálculo do imposto sobre a propriedade territorial rural, traduz um exemplo de caráter extrafiscal da tributação, tratando-se de um precedente importante na atuação do

direito tributário na busca da preservação ambiental e do desenvolvimento sustentável.

A isenção do ITR é uma importante ferramenta para o reconhecimento ao proprietário de terras, que dispõe dessa parte de seu patrimônio em prol da preservação ambiental. Daí a importância em tal tema estar pacificado; todavia, mesmo diante da importância da preservação ambiental, muitos assuntos ainda carecem de regulamentação.

As APPs, RL e UCs realizam função ecológica essencial, preservando os recursos hídricos e solo, possibilitando o fluxo da fauna e flora, em decorrência de ser elemento importante de conexão de matas, abrigo da fauna silvestre e banco de sementes.

Nestes espaços, a obrigatoriedade da recomposição vegetal é considerada em regra *propter rem*, e tende a acelerar a recuperação destas áreas, sendo de suma importância. Porém, destacamos que tal obrigatoriedade de manutenção e preservação destes espaços recai única e exclusivamente aos proprietários dos imóveis rurais onde as áreas estão inseridas, e dependem do trabalho e recursos de quem, além de dispor da parcela de sua propriedade, é obrigado a investir em sua recuperação; de forma que somente a isenção do ITR sobre estes espaços já não é suficiente para ressarcir aos proprietários dos imóveis, o custo de manutenção e preservação de bens ambientais que pertencem a toda coletividade, motivo pelo qual, trataremos a frente sobre a possibilidade estabelecida pelo ordenamento jurídico brasileiro de pagamento por estes serviços ambientais.

3.3 Comparativo Embrapa

Segundo dados divulgados pela Empresa Brasileira de pesquisa agropecuária, se somadas as áreas protegidas e preservadas, chega-se a um total de 632 milhões de hectares, (66,3%) do território Brasileiro. A título de comparação, esta área equivale a 43 países e 5 territórios da Europa, estes ocupados com as mais diversas formas de vegetação nativa. As áreas de pastagem nativas, no Brasil, somam 8% do território nacional, predominantemente não florestais, que ocupam grande extensões territoriais em meios ecológicos diversos, como ocorre no pantanal, nos campos de altitude, na caatinga e no pampa. (Embrapa, 2018, *web).*

Segundo este órgão federal, 60,21% das áreas das propriedades rurais são destinadas para benefício ambiental; ou seja, de 100% do capital investido na aquisição desses imóveis, mais de 60% não é explorado economicamente na agropecuária ou agricultura e, sim, destinado para preservação ambiental; em sua maioria, áreas úteis agricultáveis que além de serem destinadas ao fim ambiental, ainda geram custos a esses proprietário (Embrapa, 2018, *web).* Isentar essas áreas do ITR é justo, pois são áreas não exploradas. Porém, somente esta isenção já não mantém ou desperta motivação aos proprietários em aumentar ou contribuir de forma efetiva para melhoria destas áreas. Para tanto, foi abordado no Código Florestal, Lei 12.651/2012, a possibilidade do Pagamento por Serviços Ambientais.

O proveito da sustentabilidade é usufruído por todos, às gerações presentes e futuras, por toda a humanidade. A preservação de florestas, de áreas especiais é, certamente, um ato em prol da sustentabilidade, da preservação da biodiversidade, gerando benefícios climáticos, proteção do solo, preservação dos ciclos das chuvas, enfim, benefícios de diversas ordens e a toda coletividade. No entanto, o custo da sustentabilidade não pode ser suportado por algumas pessoas apenas, por alguns setores; deve ser compartilhado, assim como os seus benefícios.

4. PAGAMENTOS POR SERVIÇOS AMBIENTAIS - PSA

Hoje, com o desenvolvimento do conceito de sustentabilidade e todo o trabalho realizado em torno de um modelo econômico mais sustentável, já não se pode admitir que a degradação e o desmatamento façam parte do desenvolvimento nacional.

Diz Marx, nos seus manuscritos econômico-filosóficos, que:

> [...] o homem vive da natureza, isto é, a natureza é o seu corpo, e ele precisa manter com ela um diálogo continuado para não morrer. Dizer que a vida física e mental do homem está vinculada à natureza significa simplesmente dizer que a natureza está vinculada a si mesma, pois o homem é parte da natureza. (Marx, 2010).

Observamos neste trabalho que as áreas destinadas à preservação ambiental, no Brasil, estão isentas do ITR. Assim, o imposto deixa de onerar os possuidores de tais áreas e ainda possui

intenção de desmotivar o desflorestamento. Dessa forma, a isenção, neste caso, trata-se de uma compensação financeira pelo não uso econômico destes espaços em prol da coletividade.

Todavia, para manter estas áreas florestadas e preservadas com espécies nativas da região, como estabelece a legislação ambiental específica, os proprietários destes imóveis precisam desembolsar uma quantia significativa. Esta manutenção e proteção compreendem, muitas vezes, o reflorestamento de áreas anteriormente degradadas, o isolamento para evitar o acesso por pessoas ou animais domésticos às áreas, os custos com taxas e licenças ambientais referentes a cadastros e manejo destas áreas, além do risco de reparação de danos, ainda que causados por terceiros, vez que a obrigação pelo dano ambiental, ao menos no âmbito civil, é objetiva (art. 14, § 1º da Lei 6.938/1981).

Assim, percebemos que a isenção do ITR apenas equaliza a renúncia constritiva à qual estão sujeitos os proprietários rurais que possuem estes espaços de especial proteção ambiental em seus imóveis rurais, vez que são impedidos de utilizá-los economicamente, mas não supre os custos da manutenção e preservação destas áreas.

Conforme já exposto, a Constituição Federal em seu artigo 225 diz que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, que todos têm direito a este bem e impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, em conformidade com os princípios que regem nosso ordenamento; frisamos, no caso em tela, o princípio da solidariedade, previsto no artigo 3° inciso I da CF, ficando evidente que a obrigatoriedade de cuidado das áreas preservadas não deve recair

somente sobre o produtor rural, simplesmente pelo fato de ser o possuidor de terras e, sim, ser responsabilidade de todos. Isso justifica a necessidade do pagamento pelos serviços ambientais prestados neste caso pelos proprietários rurais, que ao proteger individualmente bem que pertence a todos, acaba por prestar um importante serviço público à coletividade.

Atualmente, como forma de incentivar a preservação e melhoria dos espaços ambientais, vem ganhando força um novo princípio, qual seja, "Princípio do Preservador-Recebedor, conforme expõe Altmann:

> Para orientar os instrumentos de Direito Ambiental baseados em incentivos às condutas ambientalmente sustentáveis, discute-se a adoção de um novo princípio: o Princípio do Preservador-Recebedor. Esse novo princípio tem como ideia central conferir uma retribuição àqueles que se empenham na melhoria da qualidade ambiental.
> O princípio do preservador-recebedor fundamenta o sistema de Pagamento por Serviços Ambientais. O conceito de *serviços ecossistêmicos* traz uma nova racionalidade à questão ambiental, pois sinaliza que a natureza preservada também fornece benefícios ao homem. Assim, quem *preserva* os ecossistemas, garantindo o fluxo de serviços ecossistêmicos, merece uma retribuição de quem se *utiliza* desses serviços. (ALTMANN, 2012).

Se considerarmos o total da área rural particular destinada à preservação e que toda sociedade se beneficia desta área, a efetivação prática deste princípio seria um estímulo aos proprietários de imóveis

com espaços ambientais relevantes, vez que seriam de fato ressarcidos pelo trabalho ambiental desenvolvido em prol da humanidade, o que poderia despertar maior interesse na preservação destes espaços, inclusive com o aumento da área atualmente preservada.

Nusdeo conceitua o pagamento por serviços ambientais (florestais) como:

> A remuneração, em espécie monetária ou por outros meios, para agentes determinados, responsáveis pela conservação ou reflorestamento de áreas específicas a fim de propiciar à natureza a prestação de um determinado serviço ambiental. (NUSDEO, 2012, p.18).

A ideia por trás do PSA seria de recompensar aqueles que produzem ou mantêm os serviços ambientais atualmente, ou incentivar outros a garantirem o provimento de serviços ambientais, que não o fariam sem o incentivo. (SEEHUSEN E PREM, 2011, p.34).

Atualmente são comercializados no mundo quatro serviços ambientais com maior intensidade e frequência: carbono, água, biodiversidade e beleza cênica. (SEEHUSEN E PREM, 2011, p.40).

O PSA de carbono paga por tonelada de CO2 não emitido ou sequestrado, conforme o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), baseado na manutenção de áreas reflorestadas. No sistema de PSA água, a expectativa é o provisionamento em quantidade e qualidade de água, mediante a manutenção de áreas protegidas junto a rios e mananciais. Para o PSA biodiversidade, a expectativa é de manutenção de espécies, e o serviço é prestado por espécie ou hectare protegido. No

caso do PSA por serviços de turismo e beleza cênica, o serviço é prestado pela oportunidade de visitação para turismo ou educação ambiental. (SEEHUSEN E PREM, 2011, p.40).

Embora os processos ecológicos sejam de difícil mensuração, é preciso que haja nexo entre o pagamento pelos esforços realizados na manutenção dos serviços ecossistêmicos e a provisão destes, até mesmo para a verificação da eficácia do Programa. A verificação deve ser realizada por monitoramento periódico, que pode estar baseado em fundamentos científicos ou feito por tradição popular. (WUNDER, 2008).

Cabe destacar outro critério necessário para um PSA, que se refere à condicionalidade do provimento dos serviços ambientais. Como afirmam Seehusen e Prem:

> ...a aplicação do conceito de condicionalidade implica que os pagamentos só devem ocorrer após a verificação de que o serviço ambiental prometido foi provido, ou de que o uso da terra capaz de prover o serviço tenha sido colocado em prática. (SEEHUSEN E PREM 2011, p.43).

Há necessidade do PSA ser tratado como instrumento de política de Estado para ser eficaz na gestão ambiental e inclusão social; deve acrescer, ao conceito de mercado, objetivos sociais e ambientais. Isso significa dizer que um sistema de PSA não se realiza sozinho, mas deve fazer parte de um complexo maior de políticas públicas, que tenham em comum a questão ambiental associada a um projeto de

desenvolvimento dos agentes participantes. (SHIKI E SHIKI 2011, p.101).

Uma fragilidade de um PSA apontada por Kosoy, citado por Eloy, Coudel e Toni; para eles, esse instrumento, apesar de apontar os produtores como "atores-chave da gestão de recursos naturais e buscar incentivá-los, ao invés de puni-los, nem sempre favorece a sua participação nas decisões a respeito da gestão dos recursos naturais" que provisionam os serviços ambientais. Esses autores destacam a necessidade de que, além da análise econômica, sejam consideradas as "complexidades dos arranjos sociais e institucionais e das dinâmicas socioambientais nos níveis locais." (ELOY; COUDEL; TONI, 2013, p.23).

A lei 12.651/2012, em seu artigo 41 inciso I, autoriza o poder executivo federal a instituir o PSA. Porém, este artigo pende de regulamentação, inviabilizando sua eficácia plena. No Brasil, foi aprovado na Câmara de Deputados, o Projeto de Lei n° 321/2015, o qual institui o Programa Nacional de Compensação por Serviços Ambientais (PNCSA) e o Fundo Federal de Compensação por Serviços Ambientais (FFCSA), objetivando incentivar os proprietários rurais a promoverem, no âmbito de suas propriedades, ações destinadas à preservação ambiental. O mesmo se encontra atualmente em tramitação no Senado Federal. Na Justificativa desse projeto, os Relatores escrevem:

> Por muito tempo, o legislador brasileiro pretendeu proteger o meio ambiente apenas penalizando seus detratores. Atualmente, sobretudo em face da ineficiência da legislação repressiva, torna-se

> indispensável recorrer a outros mecanismos que subsidiem o combate à degradação ambiental. Não basta punir o agressor. É conveniente aliar a isso estratégias que também premiem os que agem corretamente, de modo a fortalecer o contingente dos que propugnam pela defesa de nossas riquezas naturais e por melhor qualidade de vida das atuais e próximas gerações. Essa é a intenção do projeto. A ideia, relativamente recente, não nasceu no Brasil. Teria surgido na Costa Rica, no final do Século passado, mediante a criação de tributo específico para remunerar os proprietários de terras preservadas, migrando-se depois para outras partes do Planeta, como México e EUA. Entre nós, o sistema ainda engatinha. (PL 312/2015, *justificativa*).

Alguns Estados regulamentaram tal instrumento de forma específica, dentre os quais, citamos o Paraná com a Lei 17.134/2012; Santa Catarina, Lei 15.133/2010; Espirito Santo, Lei 8.995/08; Amazonas, Lei nº 4.266/2015. Já os Estados do Acre, Minas Gerais, São Paulo, possuem legislações sobre as mudanças do clima e recursos hídricos, que indiretamente tratam do PSA.

As fontes de recursos previstas para pagamento do PSA são variáveis; em sua maioria, vêm do orçamento público e fundos estaduais, com possibilidades de doações de fontes nacionais ou internacionais a pessoas ou físicas ou jurídicas, além da possibilidade (ao menos em estudo) de compensação dos custos com a preservação ambiental (desde que comprovada) ser feito com outros tributos, como o Imposto de Renda.

O PSA é algo novo e pouco conhecido pela sociedade, apesar de já possuir previsão legal em âmbito federal, sua aplicabilidade está dependendo da regulamentação que ainda tramita no Congresso Federal. Em âmbito estadual, já está regulado em poucos estados, mas é praticamente desconhecido entre os possuidores de áreas que fazem jus a este pagamento. O instrumento econômico carece de divulgação, pois não contribui apenas com a categoria dos recebedores, mas sim com toda a coletividade devido à melhoria na qualidade ambiental que se pode obter, uma modalidade que não prevê apenas a compensação pelo não uso da área, mas também a compensação pelo custo com a preservação da área, traduzindo-se em maior justiça econômica e social àqueles que são responsáveis pela melhoria da qualidade ambiental no Brasil.

5. CONCLUSÃO

O grande objetivo a ser alcançado nas propriedades rurais hoje é a sustentabilidade. Portanto, o solo, a água, a fauna e a flora, precisam ser manejados de forma sustentável. Deve-se respeitar tudo que a natureza oferece e a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade e a manutenção dos recursos naturais nela existentes para as presentes e futuras gerações.

Vimos que a legislação há muito estabelece, como meio de proteger o meio ambiente, a obrigação de proprietários de imóveis rurais preservar espaços no interior de seus imóveis, os quais são declarados pela legislação como de especial importância ambiental.

Tal ônus significa perda aos proprietários rurais de área economicamente produtiva, em prol do equilíbrio ambiental e da sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Assim, a legislação impõe a uma parcela da sociedade restrições de uso de seus imóveis e obrigação de fazer em prol do bem comum; em troca, a legislação prevê a isenção do Imposto Territorial Rural sobre estes espaços.

Vimos que a isenção do ITR, neste caso, é questão de justiça contributiva, vez que os proprietários estão impedidos de utilizar economicamente estas áreas e, diante da função extrafiscal deste Tributo, possui finalidade de incentivo a preservação ambiental. Porém, vimos também que tal benefício fiscal não é o suficiente para ressarcir o proprietário rural, pelo custo que é recuperar e manter preservado estes espaços.

Assim, a proposta é reconhecer o *múnus* público prestado por estes proprietários rurais em prol de toda a coletividade e remunerar os serviços ambientais prestados, de forma a equalizar a relação custo benefício, vez que hoje o custo recai sobre alguns e o benefício é de todos.

A conclusão a que se chega é que o custo do uso racional dos recursos naturais, da prática de manejo sustentável, deve ser assumido por toda a sociedade. Da mesma forma que a degradação afeta a todos, a sua preservação também deve beneficiar a todos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA Câmara de Notícias. **Câmara aprova projeto que prevê pagamento por serviços ambientais**, publicado em 04/09/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/579925-camara-aprova-projeto-que-preve-pagamento-por-servicos-ambientais/>. Acesso em: 09 de outubro de 2020.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado** / Ricardo Alexandre. 8 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. (ALEXANDRE, 2014, p. 72).

ALMEIDA, Jane Maria. **A Função Sócio Ambiental da Propriedade Privada,** 2015.

ALTMANN, Alexandre. **Princípio do preservador-recebedor:** contribuições para a consolidação de um novo princípio de direito ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais, 2012.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5. ed. Malheiros Editores, São Paulo: 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 abril 2020.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 23 abril 2020.

BRASIL. Decreto n° 4.382 de 19 de setembro de 2002. **Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4382.htm> Acesso em: 12 de maio 2020.

BRASIL. Lei n° 9.393/96 de 19 de dezembro de 1996. **Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR**, **sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9393.htm> Acesso em: 20 de maio 2020.

BRASIL. Lei n. 8.171/1991**. Dispõe sobre a política agrícola**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm> Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. **Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm>. Acesso em: 13 setembro 2020.

BORGES, L.A.C.; REZENDE, J.L.P.; PEREIRA, J.A.A.; COELHO JÚNIOR, L.M.; BARROS, D.A.; **Áreas de preservação permanente na legislação ambiental brasileira.** Ciência Rural vol.41 no.7 Santa Maria July 2011; Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-84782011000700016&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 setembro 2020.

DALLAGO, Renzo Medina. **A Fiscalização Ambiental e o Papel Do Batalhão De Polícia Militar Ambiental Do Distrito Federal,** 2013.

ELOY, Ludivine; COUDEL, Emilie; TONI, Fabiano**. Implementando Pagamentos por Serviços Ambientais no Brasil: caminhos para uma reflexão críticas.** Sustentabilidade em Debate, Brasília, v.4, n.1, p.21-42, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/sust/article/view/9198/6903> Acesso em: 08 julho 2020.

EMBRAPA, **Área de Reserva Legal**. Disponível em:<https://www.embrapa.br/codigo-florestal/area-de-reserva-legal-arl> Acesso em: 08 de outubro de 2020.

FRANCISCO, José Antônio. Pellegrina, Marcello Jorge. **Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural**. In: Tratado de Direito Tributário. Vol. 1. MARTINS, Ives Gandra da Silva. NASCIMENTO, Carlos Valder do. MARTINS, Rogério Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2011. (FRANCISCO , 2011, p. 501-502).

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. **Aspectos da tributação fundiária brasileira: história, conceito, competência e capacidade no Imposto Territorial Rural**. *In:* Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Tributário. Volume III. MARTINS, Ives Gandra da Silva. BRITO, Edvaldo Pereira de. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001. (GONÇALVES, 2001, p. 1048).

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental.** 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014

ICMBio. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/portal/oinstituto>. Acesso em: 09 outubro de 2020.

MARX, Karl. **Manuscritos Economico-filosoficos.**/ Karl Markx; tradução, apresentação e notas Jesus Ranieri; [4. Reimpr]. São Paulo: Boitempo, 2010. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Y4_R2Cn6L4oC&printsec=frontcover&dq=Marx+nos+Manuscritos+econ%C3%B4mico-

filos%C3%B3ficos&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjfiOOxv-HqAhXgJ7kGHZ3IBjUQuwUwAHoECAQQBw#v=onepage&q=homem%20vive&f=false> Acesso em: 22 julho de 2020.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Pagamentos por serviços ambientais**:
sustentabilidade e disciplina jurídica. São Paulo: Atlas, 2012.

PARANÁ. Lei 17.134/2012. **Institui o Pagamento por Serviços Ambientais, em especial os prestados pela Conservação da Biodiversidade, integrante do Programa Bioclima Paraná, bem como dispõe sobre o Biocrédito**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=240833> Acesso em: 09 de outubro de 2020.

PELEGRINI, Luciana Tomiko Fujimoto. **Aplicabilidade da extrafiscalidade no ITR**. *In:* Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direito Tributário. Volume III. MARTINS, Ives Gandra da Silva. BRITO, Edvaldo Pereira de. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001. (PELEGRINI, 2001, p. 1078).

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado.** Editora Saraiva 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional. 8**. Ed. Malheiros, 2010.

SEEHUSEN, Susan Edda; PREM, Ingrid. Por que pagamentos por serviços
ambientais? In: GUEDES; SEEHUSEN (Orgs.). **Pagamentos por serviços**
ambientais na mata atlântica: lições aprendidas e desafios. Brasília: MMA, 2011. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/publicacoes/biodiversidade/category/142-serie-biodiversidade>. Acesso em: 10 julho 2020.

SHIKI, Shigeo; SHIKI, Simone de Faria Narciso. **Os desafios de uma política nacional de pagamentos por serviços ambientais: lições a partir do caso do Proambiente.** Sustentabilidade em Debate, Brasília, v.2, n.1, p.99-118, jan./jun.2011. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/sust/article/ view/3909/3319>. Acesso em: 11 julho. 2020.

WUNDER, Sven (Coord.); BORNER, Jan; TITO, Marcos Rugnitz; PEREIRA, Lígia. **Pagamentos por serviços ambientais**: perspectivas para a Amazônia Legal. 2.ed., rev. Brasília: MMA, 2009. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/168/_publicacao/168_publicacao17062009123349.pdf>. Acesso em: 09 julho 2020.

XIII. O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA, A FLEXIBILIDADE DA NORMA E O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Cláudia Regina Voroniuk 1
Taís Zanini de Sá Duarte Nunes2
Thaís Ferreira Tancler Machado[3]

RESUMO: A mudança dos costumes de uma sociedade interfere no ordenamento jurídico de uma nação e este não deve permanecer estático, sob pena de diminuição da confiança dos cidadãos em sua força normativa. A legislação deve acompanhar as mudanças sociais, a fim de permanecerem rígidas e coercitivas, contribuindo para a manutenção da paz social. A modernidade alterou comportamentos sexuais; a sexualidade, em especial o despertar precoce de crianças e adolescentes para a vida sexual. O presente artigo científico busca rediscutir o posicionamento dos Tribunais Superiores de que a vulnerabilidade protegida pela norma penal possui natureza absoluta, sem a possibilidade de prova em sentido contrário. Ao final, conclui-se que, diante de excepcionalidades avaliadas no caso concreto, recomenda-se flexibilizar a vulnerabilidade protegida pelo tipo penal do art. 217-A do CP, a fim de garantir que a lei penal continue acompanhando a evolução dos costumes aceitos e adotados pela sociedade, sem constrangimento de direito alheio, nem banalização do ato ou ainda diminuir a segurança necessária à proteção das crianças e dos adolescentes.

PALAVRAS-CHAVE: Vulnerabilidade. Crimes sexuais. Flexibilização.

ABSTRACT: The change in the customs of a society interferes with the legal order of a nation that must not remain static under the penalty of diminishing citizens' confidence in its normative force. Legislation must accompany social changes in order to remain rigid and coercive, contributing to the maintenance of social peace. Modernity has altered sexual behaviors, sexuality, especially

---

[1] Advogada. Professora Universitária. Mestre em Ciências Jurídicas. E-mail: advclaurevo@outlook.com.
[2]Advogada. Professora Universitária. Mestra em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2015). Especialista em Direito Constitucional pela UNIFIA (2016). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera (LFG) – PR (2012). Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela PUC de Campo Grande/MS (2006). Graduada em Direito pela Unicesumar (2002). E-mail: taiszanininunes@gmail.com.
[3] Bacharel em Direito pela Faculdade Maringá. MBA em gestão empresarial pela FCETM (2007). Graduada em administração de empresas com habilitação em comércio exterior pela FCETM (2005).

the early awakening of children and adolescents to sexual life. This scientific article seeks to re-discuss the position of the Superior Courts that the vulnerability protected by the penal rule has an absolute nature, without the possibility of evidence to the contrary. In the end, it is concluded that, in view of the exceptionalities assessed in the specific case, it is recommended that the vulnerability protected by the penal type of art. 217-A of the CP, in order to ensure that the criminal law continues to follow the evolution of the customs accepted and adopted by society, without embarrassing the rights of others, nor trivializing the act or reducing the security necessary to protect children and adolescents.

KEYWORDS: Vulnerability. Sexual crimes. Flexibilization.

1. INTRODUÇÃO

A evolução social produz intensos reflexos no ordenamento jurídico de uma nação, na medida em que as leis não podem permanecer estáticas e necessitam acompanhar as mudanças dos costumes, sob pena de tornarem-se obsoletas e sem eficácia perante a coletividade. Uma legislação ultrapassada, sem correspondência com a realidade social, acarreta prejuízos das mais diversas ordens, especialmente na essência e no psicológico dos cidadãos que deixam de acreditar na força das leis vigentes em seu país.

Nesse contexto de constante mutação, percebe-se que a sexualidade infanto-juvenil é um dos setores mais ativos quando se trata de mudanças de paradigmas, na medida em que o início da vida sexual vem aflorando cada vez mais cedo nas crianças e adolescentes. Pode-se citar diversas determinantes sociais para o contato prematuro de adolescentes com a vida sexual, como negligência dos pais, facilitação do contato com conteúdo impróprio em virtude do avanço dos meios de comunicação, a internet, redes sociais, influências externas (como programas televisivos inadequados), ou mesmo amizades inconvenientes.

Nesse contexto, os crimes contra a liberdade sexual precisam cada vez mais dispor de ferramentas para coibir condutas ilícitas praticadas contra a dignidade sexual da pessoa, sejam capazes ou incapazes. E a Lei n. 12.015/09 produziu profundas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se a alteração da nomenclatura do Título VI do Código Penal, que passou de "Dos Crimes Contra os Costumes" para "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual", e a criação do delito de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal.

O presente trabalho tem por finalidade aprofundar-se no estudo da vulnerabilidade sexual, especialmente no que se refere à possibilidade de relativização do crime de estupro de vulnerável frente à exceção de Romeu e Julieta. A nomenclatura advém da célebre obra de W. Shakespeare, em que Julieta tinha apenas 13 anos de idade quando manteve relação sexual amorosa com Romeu, fato que, à luz do Código Penal Brasileiro, a enquadraria no conceito de vulnerável.

Referida teoria, presente em alguns ordenamentos estrangeiros, não encontra previsão expressa no Brasil, tornando-se cenário para discussões acerca de sua utilização. Isso porque, numa análise pura e literal do artigo 217-A do Código Penal, verifica-se que, se dois adolescentes, menores inimputáveis, se relacionarem sexualmente, ambos cometerão o crime de estupro de vulnerável que, ressalte-se, foi elevado à categoria de crime hediondo. Visando relativizar e racionalizar essa situação, a exceção de Romeu e Julieta busca flexibilizar a relação sexual entre menores de 14 anos, afastando-se a ocorrência do ilícito penal quando haja pequena diferença na idade dos envolvidos.

O tema é de suma importância na medida em que já aparecem, em alguns julgados dos tribunais brasileiros, sentenças absolutórias de crimes sexuais utilizando, como *ratio decidendi*, a exceção de Romeu e Julieta.

Trata-se de assunto polêmico que demanda entendimento da origem dos crimes contra a dignidade sexual, sua evolução histórica, a proteção conferida aos menores pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual o legislador perdeu a oportunidade de equiparar os conceitos do Estatuto, as lições acerca do crime de estupro de vulnerável e, finalmente, a possibilidade de relativização da vulnerabilidade, contribuindo na dissipação da celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação da exceção de Romeu e Julieta.

2. DOS CRIMES SEXUAIS TIPIFICADOS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Antes de aprofundar na possibilidade de relativização da vulnerabilidade, afigura-se necessário esboçar alguns comentários acerca das mudanças engendradas no Código Penal Brasileiro com a edição da Lei n. 12.015/09.

Segundo Damásio de Jesus (2015), a Lei 12.015/2009 alterou, de forma significativa, o Código Penal Brasileiro. Dentre as mudanças, o autor enumera a troca do Título VI, antes denominado “crimes contra os costumes”, passou a ser intitulado “crimes contra dignidade sexual”. Se antes, o bem jurídico protegido era a moral pública sexual, na atualidade, a ideia de sexo como algo pecaminoso não encontra respaldo, sendo compreendido como algo natural e inerente ao ser humano. Nesse entendimento, a necessidade de coesão entre o texto constitucional e o

penal, elencando em relação as disposições sexuais, unicamente, comportamentos que violem a liberdade sexual (relação sexual não consentida), à intimidade (exploração sexual por terceiros) e à tolerância (cometida contra pessoas consideradas vulneráveis).

Em suma, os normativos penais passaram a dar mais atenção à dignidade sexual, resultado direto da dignidade da pessoa humana, do que aos costumes moralmente aceitos pela sociedade. A alteração promovida pela referida lei foi recebida com elogios pela doutrina, haja vista que a sociedade evoluiu e deixou de lado a preocupação com a definição ética sobre a sexualidade de cada indivíduo.

A legislação evoluiu junto com a sociedade no que se refere a costumes, apesar de apresentar falhas no que se refere ao tema vulnerabilidade. Somente para ilustrar, *costumes* dentro dos hábitos da vida sexual era o que a sociedade aceitava e aprovava dentro da moral que se praticava no meio em que a sociedade estava inserida; ou seja, a conduta sexual era adaptada à convivência, aos costumes e até à disciplina da sociedade. Faz-se necessário uma visão ampla acerca do que representava os *costumes* tratados historicamente, para que se entenda a necessidade da mudança do tipo penal, acompanhando a evolução da sociedade, as necessidades de aprimoramento das relações e convivências sociais, em especial, no caso das relações sexuais dos vulneráveis.

Todavia, com a evolução do pensamento social, os indivíduos se libertaram desses sentimentos de valoração do que seria ético e moralmente aceitável em termos de sexualidade, de sorte que a legislação deixou de dar atenção aos hábitos sexuais que cada indivíduo

resolve adotar e passou a se preocupar com a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 1120):

> O Código Penal estava a merecer, nesse contexto, reforma urgente, compreendendo-se a realidade do mundo moderno, sem que isso represente atentado à moralidade ou à ética, mesmo porque tais conceitos são mutáveis e acompanham a evolução social. Na atualidade, há nítida liberação saudável da sexualidade e não poderia o legislador ficar alheio ao mundo real.

É válido ainda destacar que a mulher era considerada um objeto sexual, e a legislação não dava nenhuma importância para seus desejos ou vontades. Nos dias atuais, apesar de pensamentos de objetificação da mulher permanecer no campo pessoal, ela luta pela paridade de gênero, e vem obtendo destaque na sociedade, no campo profissional e político. O preconceito e machismo são insustentáveis na atualidade, pois todos merecem dignidade, sem distinção de sexo, raça ou cor.

Nesse sentido, a dignidade de cada indivíduo passa a ser o foco de tutela jurídica. O Estado deve garantir a liberdade sexual das pessoas e a autonomia individual para adoção de quaisquer hábitos sexuais, ainda que sejam considerados, para alguns, imorais ou impróprios, desde que o faça sem ofender direito alheio, livre de violência, ameaça e exploração.

2.1 DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O tipo penal de estupro de vulnerável busca proteger a liberdade sexual das pessoas consideradas vulneráveis, assim denominadas aquelas que não podem compreender a gravidade da relação sexual e, por consequente, não podem expressar consentimento para o ato sexual. Nos termos do art. 217-A do Código Penal, são considerados vulneráveis os menores de 14 (catorze) anos e aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

O fundamento constitucional da proteção da liberdade sexual é extraído do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, ao dispor que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

O crime de estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A do Código Penal, é fruto do advento da Lei n. 12.015/09, assim redigido:

> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).
>
> § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

> § 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).
>
> § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).
>
> § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).
> § 5º As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).

Referido tipo penal busca tutelar e proteger a dignidade sexual da pessoa vulnerável, em razão de pouca idade ou condições específicas, com o intuito de não se antecipar a vida sexual e protegendo contra abusos.

O sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser qualquer pessoa. Trata-se, portanto, de crime comum. A seu turno, o sujeito passivo do crime, ou seja, a vítima, só pode ser pessoa menor de 14 anos de idade, a portadora de enfermidade ou deficiência mental ou incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

No referido crime, não se admite a modalidade culposa, sendo que o elemento subjetivo é o dolo. Porém, admite-se a tentativa, e a ação penal é pública incondicionada, conforme artigo 225, parágrafo único do Código Penal.

Vale ressaltar que a lei 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como “Lei dos Crimes Hediondos”, proclama em seu artigo 1º os crimes elevados à categoria de crimes hediondos, merecedores de sanções mais gravosas, em virtude de sua gravidade e da importância do bem jurídico ofendido. O crime de estupro de vulnerável está previsto no referido rol, especificamente no inciso VI do art. 1º.

Assim, cometido o crime estupro de vulnerável, o agente suportará penas mais severas e condições mais gravosas para obtenção de benefícios durante a execução da reprimenda. A exemplo, os condenados por crimes hediondos somente progredirão de regime após o cumprimento de 2/5 da pena, se primários, ou 3/5, se reincidentes, bem como não poderão ser beneficiados com graça, anistia, indulto ou fiança; a prisão temporária terá prazo de 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade e a obtenção de livramento condicional reclama o cumprimento de mais de 2/3 da pena, se o apenado não for reincidente específico.

No que se refere ao núcleo do tipo, encontra-se duas condutas, a de *ter* conjunção carnal com menor de 14 anos, e a de *praticar* outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Ter é realizar ou efetuar; e praticar é manter ou desempenhar.

Como mencionado, o crime de estupro de vulnerável trata-se de crime hediondo, com elevado potencial ofensivo, razão pela qual deve se auferir com precisão a questão da vulnerabilidade absoluta ou relativa, pois traz irreparáveis consequências impostas pela referida lei.

3 DA VULNERABILIDADE

O antigo art. 224 do Código Penal, revogado pela Lei 12.015/09, trazia uma presunção legal de vulnerabilidade ao dispor que se presumia a existência de violência no crime de estupro se a vítima fosse menor de 14 anos, alienada ou débil mental, ou, por qualquer outra causa, não pudesse oferecer resistência.

A expressão adotada pelo art. 224 do Código Penal, hoje revogado, sofreu duras críticas da doutrina na época, pois, em sede de Direito Penal, é tormentoso aceitar-se quaisquer tipos de presunções legais em face dos interesses do réu, que é considerado inocente até prova em contrário. A lei presumia a vulnerabilidade da vítima nas situações descritas no art. 224, supracitado, e aceitava a existência de violência, sem a necessidade de prova concreta.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 1154):

> Estabeleceu o legislador a chamada presunção de violência, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato. Logo, a conduta do agente teria sido violenta, ainda que de forma indireta.

A criação do art. 217-A do Código Penal encerrou a discussão acerca da presunção de vulnerabilidade, vez que a redação do novel dispositivo extinguiu presunções legais e vedou a prática de atos sexuais com pessoas em estado de vulnerabilidade; considerando vulneráveis os menores de 14 anos de idade e aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Assim, “independentemente de se falar em violência, considera a lei inviável, logo, proibida, a relação sexual mantida com tais vítimas, hoje enumeradas no art. 217-A do Código Penal.”

Intensas discussões doutrinárias se instalaram ao longo dos tempos buscando definir se a vulnerabilidade tratada no crime de estupro de vulnerável é absoluta ou relativa. Se absoluta, não permite prova em contrário; mas se relativa, comporta prova em contrário e permite, em certos casos, a absolvição do réu. Em termos leigos, se a vulnerabilidade for definida como relativa, permitir-se-á, ao Estado-juiz analisar, dentro do caso posto a julgamento, se o menor de 14 anos tinha a perfeita noção acerca da relação sexual e, com isso, afastar a ilicitude da conduta dolosa.

Nucci (2019, p.63) afirma que tal modificação introduzida pela lei não soa razoável:

> Somente pelo fato de a lei ter assumido outra roupagem na descrição da presunção de violência passaria a vulnerabilidade a ser considerada absoluta? Ter relação sexual com menor de 14 anos seria, sempre, estupro? A cautela, nessa interpretação, impõe se, levando-se em consideração o princípio da razoabilidade.

O artigo 217 – A foi modificado pela lei 13.718/2018 que introduziu o §5º: “As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato e ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.” Firmando que a vulnerabilidade é absoluta sempre.

A inclusão do referido parágrafo restou clara a intenção do legislador, em firmar a vulnerabilidade como absoluta, não

acompanhando a evolução do comportamento da sociedade, e deixando de se analisar a definição de criança e adolescente trazida pelo ECA. Para o Estatuto, Criança é pessoa menor de 12 anos, e adolescente é quem é maior de 12 anos. Portanto, a idade de 14 anos não deveria ser citada no artigo. Ao entendimento de Nucci (2019, p. 64):

> A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quanto se tratar de criança (menor de 12 anos), mas deveria ser relativa quando ao cuidar de adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo se analisado em conjunto.

Nota-se que, mesmo diante da modificação da exclusão da presunção de violência e pelo estado de vulnerabilidade, feito pela lei 12.015/09, optando o legislador por deixar que a natureza da vulnerabilidade seja absoluta, a discussão permanece viva, notadamente diante de casos concretos específicos, como aqueles em que há a união estável do agressor com a vítima ou quando a diferença etária entre os envolvidos é irrisória.

Nas palavras de Renato Marcão (2018. p. 186):

> Como a discussão gira em torno de se tratar de presunção absoluta ou relativa, a fórmula do novo art. 217-A, criando um tipo penal autônomo, do qual não consta o elemento constranger, aparentemente eliminar a dúvida sobre ser necessário o dissenso do vulnerável: tendo conjunção carnal ou com ele praticando outro ato libidinoso, o agente estará cometendo essa modalidade de estupro, aliás apenada mais severamente do que o estupro simples, previsto no 213.

O STJ editou a súmula 593 firmando seu entendimento acerca do assunto, segundo o qual o crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

> **Súmula** nº **593**: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Dentre os argumentos utilizados pelo referido tribunal para edição da súmula 593, pode-se destacar o seguinte:

> (...) em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, a presunção de violência é absoluta, bastando, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso contra a vítima.
> A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados.
> No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e

> psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar(...). MPSP. AgRg no REsp1427049TO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/2015, DJe 16/11/2015.

Diante disso, é facilmente perceptível a posição das Cortes Superiores Brasileiras, que rechaçam a ideia de relativização sexual quando se trata de vítimas crianças e adolescentes. O questionamento que merece enfrentamento é o de se concluir se o Superior Tribunal de Justiça acertou (ou não) ao editar a súmula 593, engessando o entendimento jurisprudencial acerca da inviabilidade de relativização da vulnerabilidade, especialmente diante da atual conjectura social brasileira.

4 DA POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE

Importante mencionar que, na doutrina brasileira, é possível encontrar diversos autores que discordam do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 593, afirmando que a vulnerabilidade protegida pelo art. 217-A do Código Penal é, de fato, passível de flexibilização. Nesse sentido, é o comentário feito por André Estefam (2011, p. 166):

> (...)entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se trata de adolescentes (indivíduos com 12 anos completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica

> ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua 'dignidade sexual') (...) a exegese das normas penais não pode se dar, jamais, alijada de uma visão constitucional e, notadamente, da correta delimitação do valor protegido (objetividade jurídica) pela disposição. É por essa razão que entendemos, a despeito da peremptoriedade do Texto Legal, que nem todo o contato sexual com menor de 14 anos ingressará na tipicidade (material) da norma.

Inclusive, operando-se verdadeiro *distinguishing*[4], vez ou outra surgem decisões em sentido contrário à súmula 593, quando Tribunais absolvem réus acusados da prática de estupro de vulnerável. Cite-se, a título de exemplo, o seguinte precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Apelação. Estupro com violência presumida. Vítima com 13 anos de idade já iniciada na vida sexual. Absolvição. Necessidade. Vulnerabilidade relativa. Vítima que entendia a natureza do ato e com ele consentiu. Inexistência de violência presumida. Vítima com 13 anos de idade já iniciada na vida sexual. Vulnerabilidade absoluta. Situação teratológica. Vítima que desejava o ato sexual, já havendo, em outra ocasião, combinado a prática do ato sexual com o acusado. Possibilidade de se flexibilizar, em situações ímpares, a presunção absoluta. Apelos defensivos providos. TJ-SP - **APL: 00005335120088260495 SP 0000533-51.2008.8.26.0495**, Relator: Souza Nucci, Data de

[4] O *distinguishing* é a prática de não aplicar dado precedente vinculante por se reconhecer que a situação *sub judice* (aquela que se está julgando imediatamente) não se encarta nos parâmetros de incidência do precedente. (https://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/189571757/voce-sabe-o-que-e-distinguishing-e-defiance).

> Julgamento: 02/04/2013, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 03/04/2013.

Na mesma esteira é o julgado extraído do Tribunal de Justiça de Goiás:

> O art. 217-A do CP deve ser interpretado sistematicamente com a Lei 8.069/90 (ECA), sendo desarrazoado que o adolescente menor de 14 anos, não obstante detenha maturidade reconhecida em lei para ser apenado com medida socioeducativa, caso venha a praticar ato infracional, seja presumido destituído de capacidade de autodeterminação sexual (...) a adolescente menor de 14 anos praticou a relação sexual de maneira espontânea, consciente e consentida, porquanto o Direito Penal, como *ultima ratio* da intervenção estatal da dignidade humana, objetiva tutelar a liberdade, e não a moralidade sexual. TJGO, 1º Câm. Crim. **Ap. 365244-53.2011.8.09.0141,** rel. Des. Jairo Ferreira Jr., j. 2.7.2013. Data publicação: 7.8.2013.

A vulnerabilidade protegida pela norma penal ora comentada, de acordo com parcela da doutrina brasileira, não há de ser tratada como absoluta, merecendo minuciosa análise do caso concreto para se aferir se houve lesão ao bem jurídico tutelado. No Brasil, é cada vez mais precoce o despertar sexual de adolescentes, de modo que o respeito da legislação pátria diante desta realidade é medida de rigor, a fim de preservar o direito de autodeterminação dos indivíduos. Noutras palavras, ainda que não mereça incentivo por parte da sociedade, o desejo sexual precoce não deve ser motivo para levar ao cárcere adolescentes que pratiquem atos sexuais consentidos. É o

posicionamento defendido por Adelina de Cássia Carvalho (2006.p. 151):

> Embora possa não ser recomendável a prática sexual com pessoa maior de 12 e menor de 14 anos de idade, o despertar precoce de desejos sexuais dos mais jovens é fato que existe e deve ser respeitado, assim como as opções diferentes decorrentes da evolução, boa ou má, dos costumes.

É nesse contexto que se pode visualizar a incidência de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que buscam flexibilizar a vulnerabilidade das vítimas a depender das circunstâncias do caso concreto.

Todavia, antes de prosseguir, é de fundamental importância abrir um parêntese para reforçar o entendimento de que a flexibilização da vulnerabilidade adiante comentada somente é possível diante de um adolescente; ou seja, pessoa com idade igual ou superior a 12 anos, conforme dispõe o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Noutras palavras, é importantíssimo ressaltar que a vulnerabilidade dos menores de 12 anos, crianças à luz do ECA, nunca foi alvo de celeumas, pois sempre foi tida como absoluta.

Outra observação importante a se fazer é de que a referida possibilidade de flexibilizar a vulnerabilidade se aplica somente quando a relação sexual for consentida. Caso contrário, havendo violência ou grave ameaça, não há que se discutir a configuração do crime.

Ademais, a prática sexual precoce existe e não se pode vedar os olhos para ela, devendo ser observado a evolução dos costumes e das práticas aceitas pela sociedade em cada caso concreto. Afastando assim a natureza absoluta da vulnerabilidade e firmando entendimentos que

existem exceções e que a natureza relativa deve ser empregada quando assim couber, para que a justiça prevaleça.

4.1 A Exceção de Romeu e Julieta

Uma curiosa teoria, por vezes lembrada em julgamentos desse tipo específico, é a exceção de Romeu e Julieta, adotada, por exemplo, no direito norte-americano, cuja finalidade é absolver réus acusados de cometerem o crime de estupro de vulnerável quando a diferença de idade entre os envolvidos, vítima e agente, é insignificante, com consentimento e sem violência. A fim de delinear com maior clareza os contornos da referida teoria, cite-se o entendimento de Pedro Coelho (2017):

> Na clássica obra do inglês W. Shakespeare, Julieta tinha apenas 13 anos quando manteve relação amorosa com Romeu, fato esse que a enquadraria – na legislação ora vigente no Brasil – no conceito de vulnerável. A ideia da teoria é de que havendo consentimento e uma diferença pequena da idade entre os parceiros (há quem indique margem de até 5 anos), não seria razoável considerar o ato sexual como um estupro (imaginemos um caso de namorados de 13 e 18 anos).

Conforme citado na nota introdutória do presente artigo, a nomenclatura dessa teoria advém da célebre obra de W. Shakespeare, em que Julieta tinha apenas 13 anos de idade quando manteve relação sexual amorosa com Romeu, fato que, à luz do Código Penal Brasileiro, a enquadraria no conceito de vulnerável.

No ordenamento jurídico norte-americano existe uma lei apelidada de *Romeo and Juliet Law*, cujos parâmetros vêm sendo

utilizados por tribunais brasileiros quando o ato sexual é praticado entre adolescentes e com consentimento de ambos. Anote-se o julgado extraído do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

> APELACAO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ESTUPRO DE VULNERAVEL – EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA - ABSOLVICAO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Poderíamos traduzir, com vista a utilização de seus conceitos por aqui, como Exceção de Romeu e Julieta, inspirada nos celebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de William Shakespeare. Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de 05 anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. E, consequentemente, em uma relação consentida, não haveria crime. (SARAIVA, João Batista Costa. O Depoimento em dano e a romeo and juliet law. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. In. Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. - n. 1 (nov. 2003). Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003) ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, não prover o recurso, nos termos do voto do 1ovogal, vencido o relator. TJ/MS. **Apelação - 0022701-25.2012.8.12.0001** - Campo Grande. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Ano XIII, Publicado em: 31/01/2014.

No estado de Goiás, em 2016, a magistrada Placidina Pires, da 10ª Vara Criminal de Goiânia (GO), sob o entendimento de que não se deve observar somente os elementos objetivos do tipo penal, como a idade cronológica e, sim, ser analisado o caso concreto, absolveu um rapaz que manteve relações sexuais com jovem que na época teria 12 anos. Ao julgar o caso, ela entendeu não se tratar de caso de estupro; os jovens já mantinham uma relação sexual consentida, baseada no afeto e com consentimento dos pais, com diferença de idade compatíveis para o entendimento. Em sua fundamentação, a magistrada citou a referida teoria americana, Romeo e Julieta, teses de Guilherme de Souza Nucci, e do ministro Celso Limongi, do STJ, em que todos entendem que é preciso unificar o entendimento do ECA com relação a definição criança e adolescente, a partir de 12 anos.

O precedente acima citado demonstra que, em casos excepcionais, se deixa de aplicar o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça ao adotar a natureza relativa da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável.

Cumpre ressaltar que, mesmo diante da súmula editada pelo Superior Tribunal Justiça, cujo entendimento é seguido pelo Supremo Tribunal Federal, não se trata de precedente de observância obrigatória pelos magistrados Brasil afora. O ordenamento jurídico brasileiro traz alguns institutos que, uma vez utilizados pelos Tribunais Superiores, tornam-se de observância obrigatória pelos órgãos Poder Judiciário e da Administração, a exemplo das súmulas vinculantes, todavia, a súmula 593 editada pelo STJ não detém o referido efeito vinculante, apesar de trazer imensa carga decisória.

Deste modo, há possibilidade de um tribunal, diante de caso concreto que apresente circunstâncias excepcionais, absolver um réu acusado de ter praticado ato sexual com pessoa menor da 14 anos.

Frise-se, novamente, que a exceção de Romeu e Julieta é ferramenta de utilização somente para os casos em que a suposta vítima possui entre 12 e 14 anos de idade. Ainda, que a possibilidade de sua aplicação no caso concreto possa ajudar a minimizar casos de condenações injustas.

4.2 União Estável entre Autor e Vítima

Outra hipótese de flexibilização da vulnerabilidade que merece enfrentamento é quando as pessoas envolvidas no ato sexual mantêm união estável entre si, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro não define idade mínima para esta modalidade de união, mas tão somente ao casamento propriamente dito.

A título de ilustração, imagine-se dois jovens maiores de 12 anos e menores de 14 que, de forma consentida e sem violência ou grave ameaça, mantém relação sexual por diversas vezes, cuja prática somente fora descoberta anos depois, quando ambos já contraíram união estável e permanecem num relacionamento sólido e duradouro.

De acordo com a letra fria da lei e da súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça, ambos deveriam responder pela prática do ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, aplicando-se a respectiva medida socioeducativa indicada ao caso.

Não parece que a responsabilização infanto-juvenil perante o ECA seja a melhor solução nestas hipóteses, ainda que a interpretação

literal do art. 217-A do Código Penal induza à necessidade de se processar os envolvidos pela prática sexual.

O próprio ordenamento jurídico traz uma contradição em tais hipóteses, uma vez que a Lei n.º 12.594/12, conhecida como Lei do Sistema de Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase, dispõe no art. 68 que é assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável, o direito à visita íntima.

Trocando em miúdos, um adolescente processado e sob cumprimento de internação por ter praticado estupro de vulnerável poderá receber visita íntima da suposta vítima, caso comprove a união estável. Na ocorrência da visita íntima, não haverá nova prática do crime sexual?

Percebe-se que a interpretação fria e literal da legislação, em casos semelhantes, não se afigura como solução mais adequada. Por vezes, o adolescente processado mantém relacionamento longo e responsável com a suposta vítima, cumprindo com suas obrigações familiares, merecendo ser absolvido de relações sexuais que manteve quando menor de 14 anos, sob pena da aplicação da lei provocar efeito indesejado, gerando maiores prejuízos à vítima ao invés de protegê-la.

Nesse sentido é a lição de Renato Marcão (2018, p. 186):

> Figure-se a hipótese de homem imputável que mantenha conjunção carnal consentida com mulher menor de quatorze anos; da cópula resulta gravidez e o nascimento de um filho, passando as partes a viver em união estável, com a concordância dos responsáveis legais pela adolescente. Tecnicamente, a conduta constitui crime de estupro de vulnerável, dada a redação do art. 217-A ao falar de menor de

> quatorze anos. Porém, a movimentação da máquina judiciária para o agente numa hipótese como esta se apresenta como algo de duvidosa razoabilidade e nenhum efeito reparador ou preventivo.

É possível encontrar na jurisprudência pátria sentenças absolutórias proferidas diante da união estável mantida entre autor e vítima. Cite-se:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que contava com 13 anos à data do fato e, desde o início, deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à prática do fato descrito na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somadas à manutenção de relacionamento entre réu e vítima durante toda a instrução do feito, não conduzem a conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, a absolvição, portanto, é medida que se impõe. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70052273109, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 21/11/2013) (TJ-RS - ACR: 70052273109 RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 21/11/2013, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/01/2014)

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUE CEDE DIANTE DAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE AS PARTES, COM CÓPULA CONSENTIDA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. PARECER MINISTERIAL

> ACOLHIDO. Inviável a condenação apenas com base na equivocada ideia de que a presunção de violência nos crimes sexuais seja absoluta. Caso em que a prova dos autos deixou clara a prévia relação de namoro entre as partes, de conhecimento de ambas as famílias, bem como a prática livre e consentida de relação sexual entre réu e ofendida, ambos jovens e com pouca diferença de idade. Contexto fático que não evidencia situação a configurar vulnerabilidade e ofensa a liberdade/dignidade sexual, não atraindo o interesse do Direito Penal. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70050178045, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 11/04/2013).

Assim, segundo os julgados acima delineados, "a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário".

4.3 Erro de Tipo

Por fim, mas não menos importante, pois se trata do argumento defensivo mais utilizado em sede de crimes sexuais contra menores de quatorze anos, tem-se a possibilidade de configuração do erro de tipo, previsto no art. 20 do Código Penal, também conhecido como erro sobre o fato. Erro de tipo é aquele que recai sobre circunstância elementar da descrição típica. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento constitutivo do crime, conforme Bitencourt (2013). De acordo o referido dispositivo, o erro sobre elemento

constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Em sede de estupro de vulnerável, atua em erro de tipo o agente que pratica relações sexuais com pessoa menor de quatorze anos desconhecendo tal condição da vítima em razão de uma equivocada apreciação da realidade, normalmente em virtude do avançado desenvolvimento físico da vítima. A título de exemplo, imagine-se uma pessoa que, frequentando uma festa em que é proibida a entrada de menores, lá conheça uma garota com compleição física avantajada e, com seu consentimento, a leva para casa e lá mantém relações sexuais. Após o ato, a garota lhe confessa ser menor de quatorze anos de idade e admite ter logrado êxito em entrar na festa valendo-se de documento falso.

Nesse caso, pode-se afirmar que a utilização do instituto do erro de tipo para afastar a configuração do crime de estupro afigura-se como outra hipótese de flexibilização da vulnerabilidade. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCONHECIMENTO ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA. ERRO DE TIPO. REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. Hipótese em que o réu foi denunciado pela prática de estupro de vulnerável por manter conjunção carnal com vítima menor de 14 anos, quando mantinham relacionamento afetivo. 2. Caso em que o réu foi absolvido da prática do delito de estupro de vulnerável diante do desconhecimento da idade da vítima. 3. O desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, mediante a

> ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP). 4. A análise acerca da ocorrência de erro quanto à idade da vítima implicaria o necessário reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado no julgamento do recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso desprovido. (STJ - REsp: 1746712 MG 2018/0104726-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 14/08/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2018).

Na mesma esteira é o julgado do Tribunal de Justiça da Paraíba:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA. ERRO DE TIPO. ARTIGO 20 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IN DUBIO PRO REO. DESPROVIMENTO. Em face da presença de efetiva dúvida no espírito do julgador quanto ao dolo do agente, não restando suficientemente claro nos autos se ele sabia a idade da vítima, já que ela própria informou não ter relatado sua idade, é de reconhecer o erro de tipo, que afasta o dolo, impondo a manutenção da absolvição do acusado. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00024729520178152002, Câmara Especializada Criminal, Relator DES. JOÃO BENEDITO DA SILVA, j. em 11-09-2018) (TJ-PB 00024729520178152002 PB, Relator: DES. JOÃO BENEDITO DA SILVA, Data de Julgamento: 11/09/2018, Câmara Especializada Criminal).

Cumpre ressaltar, todavia, que diante do entendimento majoritário no sentido de que a vulnerabilidade protegida pelo art. 217-A do Código Penal possui natureza absoluta, o erro de tipo somente

incidirá se o agente se equivocar a respeito da idade da vítima. Do contrário, caso tenha ele plena ciência sobre a idade da vítima, mas julgue não ser ela vulnerável, responderá pelo delito acima mencionado. Especulações defensivas nesse sentido – não ser a vítima menor de 14 anos vulnerável sexualmente – somente poderiam ser admitidas após uma reviravolta jurisprudencial em que a vulnerabilidade fosse entendida como relativa, tal como defendida no presente trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir que a mudança de entendimento acerca da natureza da vulnerabilidade protegida pelo art. 217-A do Código Penal traria aspectos positivos em relação à compatibilidade da legislação com a atual conjectura social brasileira, que avançou demasiadamente desde a entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009.

Ainda que não seja recomendável enfatizar o amadurecimento precoce da sexualidade infanto-juvenil, a fim de banalizar ou de facilitar o ato sexual, uma vez que tal prática pode causar danos irreversíveis a vida desses adolescentes e muito pior em crianças. Os mecanismos de coibir práticas de pedofilia e abusos não devem diminuir, e sim reforçar, porém, não há como negar o fato de que crianças e adolescentes vêm aflorando cada vez mais prematuramente na vida sexual, de sorte que tapar os olhos para os atuais costumes sociais fomentaria o descrédito da legislação vigente em razão do flagrante descompasso com a realidade social.

A manutenção do atual posicionamento que reforça a aplicação da Súmula 593 do STJ demanda a necessidade dos operadores

do direito de buscarem soluções já aplicáveis no direito estrangeiro, como se dá em relação à aplicação da exceção de Romeu e Julieta. Porém, nem sempre essa postura se mostra recomendável, pois o direito penal trabalha com a legalidade estrita e qualquer modalidade de interpretação deve ser precedida de redobrada cautela, sob pena de se esbarrar em inconstitucionalidade.

Assim, a conceituação da natureza da vulnerabilidade como relativa beneficiaria o escorreito julgamento das ações penais referentes ao estupro de vulnerável, especialmente nos casos citados no decorrer deste trabalho, pois os inúmeros processos enfrentados cotidianamente pelos tribunais pátrios nem sempre aconselham a aplicação pura e literal da redação legal. A razoabilidade deve sempre estar presente nos provimentos judiciais, a fim de que sejam condenados tão somente aqueles agentes que, cientes e da ilicitude de sua conduta, aproveitam-se da condição de incapacidade de certas vítimas para cometer em desfavor delas crimes horrendos contra a dignidade sexual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990**, Lei dos Crimes Hediondos**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012**, Lei do Sinase. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**, Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

BRASIL. **Código Penal, Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em **http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm**. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

BITENCOURT, C. R. **Erro De Tipo E Erro De Proibição.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência presumida**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006

COELHO, Pedro. **Estupro de Vulnerável e a Exceção de Romeu e Julieta**. Disponível em https://blog.ebeji.com.br/estupro-de-vulneravel-e-a-excecao-de-romeu-e-julieta/. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Especial**, 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, D. D. **DIREITO PENAL 3.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

MARCAO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

MPSP. **AgRg no REsp1427049TO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/2015**, DJe 16/11/2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ORDEM_ALFABETICA_New/Tese-446.pdf. Acesso em: 21 de junho de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal- Parte Especial, 3** – 3ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREGO, Rogério. **Código Penal Comentado** – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

TJGO, 1º Câm. Crim. **Ap. 365244-53.2011.8.09.0141,** rel. Des. Jairo Ferreira Jr., j. 2.7.2013. Data publicação: 7.8.2013.

TJMS. **Apelação - 0022701-25.2012.8.12.0001** - Campo Grande. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Ano XIII, Publicado em: 31/01/2014.

TJSP - **APL: 00005335120088260495 SP 0000533-51.2008.8.26.0495**, Relator: Souza Nucci, Data de Julgamento: 02/04/2013, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 03/04/2013.

XIV. O JEITINHO, CORRUPTO, BRASILEIRO

Debora Goeldner Pereira Oliveira[1]
Gustavo Henrique Arnaut Braz[2]

RESUMO: O objetivo deste trabalho é apresentar os aspectos culturais da conduta do chamado jeitinho brasileiro e seus reflexos na esfera jurídica. Trata-se de um estudo que envolve o histórico desse comportamento que fundamenta a corrupção e os vícios nas relações jurídicas, em especial, no negócio jurídico. O estudo foi realizado pelo método de revisão bibliográfica, sendo esta decorrente de leis, artigos e das principais doutrinas que abordam o tema. Os resultados obtidos explicam a natureza intrínseca e estereotipada de como o Brasil é visto pela óptica nacional e internacional, isto é, o país do oportunismo, no qual o cidadão prioriza as relações sociais em detrimento da lei para se beneficiar. Conclui-se então que usualmente a singularidade do povo brasileiro faz do "brasil", Brasil resultado de suposta "índole cordial". Além disso, tem-se que o jeitinho brasileiro permeia não somente no âmbito jurídico, mas também na camada social no cotidiano dos cidadãos, seja nas relações em família, de amizade ou trabalhista ao objetivar tirar alguma vantagem para si, lesando outrem.

PALAVRAS-CHAVE: Jeitinho Brasileiro. Corrupção. Sociedade.

ABSTRACT: The objective of this work is to present the cultural aspects of the conduct of the so-called Brazilian way and its reflexes in the legal sphere. This is a study, which involves a history of this behavior that underlies corruption and vices in legal relations, especially in the legal business. The study was carried out using the bibliographic review method, resulting from laws, articles and the main doctrines that address the theme. The results obtained explain the intrinsic and stereotyped nature of how Brazil is seen from the national and international point of view, that is, the country of opportunism, which the citizen prioritizes social relations to the detriment of the law to benefit. We conclude then that, usually the uniqueness of the Brazilian people, makes Brazil, Brazil the result of supposed "cordial nature". In addition, there is that the Brazilian way permeates not only in the legal sphere, but also in the social layer in the daily lives of citizens, whether in family, friendship or labor relations, in order to take advantage of themselves by harming others.

[1] Advogada, mestre, professora de Metodologia da Pesquisa Jurídica pela Faculdade Maringá. mpj1anonoturnoavaliacao@gmail.com
[2] Acadêmico do curso de Direito, segundo semestre. brazgustavo006@hotmail.com

KEY-WORDS: 1. Brazilian Way; 2. Corruption; 3. Society.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo analisar o conteúdo das produções bibliográficas nacionais e internacionais a respeito das temáticas e práticas do jeitinho brasileiro, identificando os aspectos considerados relevantes. Primeiramente, será apresentado o histórico e as raízes dessa conduta, de acordo com os principais autores. A seguir, será explicado o que é a prática do jeitinho brasileiro atrelado com o mito do chamado homem cordial, tanto no âmbito jurídico quanto social, com suas implicações na sociedade a partir de uma reflexão acerca da prática.

O jeitinho brasileiro é uma conduta considerada como intrínseca e histórica do povo brasileiro, tida como corriqueira na cultura do Brasil e amplamente aceita no país. Esse comportamento é visto como um gesto, modo e/ou habilidade do brasileiro em "dar a volta por cima", levando vantagens e lesando outrem, seja no âmbito jurídico, isto é, nas relações jurídicas, em específico, no negócio jurídico ou então nas relações sociais do cotidiano. Assim, interpreta-se que o brasileiro possui um modo único de lidar com as mais diversas problemáticas existentes.

O seguinte artigo abordará, de acordo com os principais autores do assunto, o como o chamado jeitinho brasileiro se torna uma saída para solucionar algum problema contornando uma proibição, sejam as leis ou normas socialmente aceitas. Essa conduta é vista como uma resolução criativa e única do brasileiro, que usa da esperteza para

burlar as regras em benefício próprio. De modo geral, essa prática é comum e aceita no cotidiano brasileiro.

2 O JEITINHO BRASILEIRO

2.1 Análise das Origens Históricas do Instituto

Antes de entender do que se trata o chamado jeitinho brasileiro, se faz necessário explicar brevemente sobre suas origens históricas. Essa conduta é vista no Brasil como uma conduta proveniente do processo de colonização que o país sofreu logo após o seu descobrimento. Além disso, pode ser visto como um conceito do âmbito do senso comum do dia a dia do povo e largamente aceito no território nacional. Por esse viés, DaMatta (1984) ressalta que uma das consequências históricas do jeitinho brasileiro advém da estruturação política do país.

Um fator de importância relevante que originou o jeitinho brasileiro é a questão do patrimonialismo, isto é, a confusão entre as esferas e atribuições do setor público e privado. Ou seja, a utilização de atributos públicos como se fossem particulares, uma vez que o Brasil se configura como sendo um Estado moderno que não se legitima por leis impessoais e racionais. Através dessa perspectiva, Filgueiras (2009) fundamenta seu pensamento nos escritos de Faoro (1975) ao alegar que o patrimonialismo herda traços do mundo ibérico, haja vista que o naquele período a sociedade brasileira se subordinou ao Estado de Portugal. Portugal, por sua vez, ampliou seu Regime Absolutista, no qual o rei possuía poderes absolutos responsáveis por separar os grupos sociais da sociedade de maneira burocrática. Por meio desse

Absolutismo, Portugal explorava a máquina pública pela classe política, isso fez com que essa exploração atingisse sua colônia marcando a tradição política brasileira.

Para Campos (1967), as origens do jeitinho brasileiro advêm do fato de que a maioria dos países latinos sofreram com regimes os quais aplicavam a lei apenas a uma parcela desfavorecida da população, isto é, havia uma considerável desigualdade jurídica. Outro ponto relevante no que tange a origem é o que diz respeito a legalidade. Segundo o autor, nos países anglo saxões (Portugal e Espanha), as leis eram obedecidas por serem provenientes dos costumes habituais daqueles países; logo, ao serem aplicadas no território latino-americano, teoricamente teriam o mesmo efeito. Entretanto, não foi levado em consideração os costumes e a tradição local, o que resultou em artimanhas do povo colonial para serem seguidas. Dessa forma, surgiu a necessidade do indivíduo brasileiro em se adequar as leis advindas da coroa, utilizando do jeitinho brasileiro para tal fim, para lidar com as problemáticas presentes em sua vida.

O registro da primeira conduta resultado do jeitinho brasileiro dada de 1946, quando Kellemen, um médio húngaro, veio morar no Brasil. Ao passar pelo consulado, o cônsul decidiu colocar nos documentos do médico que ele era agrônomo, pois sabia que, caso colocasse a profissão correta, o sujeito teria seu visto impedido, o que geraria um processo burocrático devido as leis vigentes da época.

Assim, entende-se que o jeitinho brasileiro é de longa data praticado e de certa forma aceito no país, uma vez que possui fortes raízes históricas desde o início da descoberta e do processo de colonização brasileira.

2.2 O Que é o Jeitinho Brasileiro?

O chamado jeitinho brasileiro pode ser descrito, caracterizado e aplicado por várias perspectivas. Essa conduta pode ser definida como uma maneira especial de solucionar aluem problema ou situação difícil, proibida ou ilegal, por meio de uma solução criativa. O jeitinho brasileiro se dá com base em justificativas pessoais e envolvimento emocional; trata-se de uma conduta que tenta conciliar o individualismo, a hierarquia e o patrimonialismo.

Para Motta e Alcadipani (1999), aqueles que praticam a conduta do jeitinho brasileiro consideram seus interesses pessoais como sendo superiores aos do coletivo. O sujeito burla as leis com as suas relações pessoais para conseguir o que deseja.

Um ponto que fortalece o jeitinho brasileiro, se dá uma vez que o sistema jurídico do Brasil não se originou democraticamente, mas sim de um modelo jurídico permeado na crença de uma população desorganizada, confusa, primitiva e sem educação. Diferentemente com o que ocorre em outros países, em que essa transgressão moral é vista como uma desobediência as regras, no Brasil, é considerada uma escolha do sujeito entre sua liberdade de agir, de seguir suas vontades contra a escolha pelo constrangimento externo e pela submissão aos interesses alheios. Todos estão em uma posição de igualdade, porém hierarquizados. (LIMA, 2001).

Segundo Damatta (1984, p. 99), o jeitinho pode ser definido como:

> O “jeito” é um modo e um estilo de realizar. Mas que modo é esse? É lógico que ele indica algo importante. É, sobretudo, um modo simpático, desesperado ou humano de relacionar o impessoal

> com o pessoal; nos casos – ou no caso – de permitir juntar um problema pessoal (atraso, falta de dinheiro, ignorância das leis por falta de divulgação, confusão legal, ambiguidade do texto da lei, má vontade do agente da norma ou do usuário, injustiça da própria lei, feita para uma dada situação, mas aplicada universalmente etc.) com um problema impessoal. Em geral, o jeito é um modo pacífico e até mesmo legítimo de resolver tais problemas, provocando essa junção inteiramente casuística da lei com a pessoa que a está utilizando.

Sendo assim, o autor mostra que os personagens envolvidos na situação do jeitinho é uma autoridade e um indivíduo que necessita de algo - importante ressaltar as posições sociais distintas. A partir do instante em que a autoridade barra o desejo do indivíduo, começa então um impasse. Entretanto, no Brasil, o que "pode" e o que "não pode", nos termos do autor, o jeitinho brasileiro é usado para que possam conciliar todos os interesses envolvidos na situação, criando assim uma relação cordial entre a autoridade e o indivíduo.

Há diversas possibilidades de atuação do jeitinho brasileiro. Pode ser uma solução individual e criativa para o conflito, confronto entre a norma e o sujeito, corrupção, dentre outras situações. Para solucionar os embates usando do jeitinho, o indivíduo utiliza da argumentação e da barganha, ao invés de respeitar a hierarquização. (BARBOSA, 1992). A visão estereotipada do brasileiro como agente do jeitinho é o malandro, um personagem quase que nacional. Isso se dá, pois o brasileiro acredita que as normas podem ser esquecidas ou ludibriadas por meio da conduta do jeitinho. (DAMATTA, 1984).

Esse malandro é personagem recorrente e característico dentro das obras literárias brasileiras, televisão e cinema. Exemplo disso foi o personagem Zé Carioca, criado pela The Walt Disney Company. De acordo com Schwarcz (1995), esse personagem foi criado com o objetivo de retratar o brasileiro por uma figura malandra e simpática. Pela figura do Zé Carioca, é possível notar a imagem do brasileiro no exterior, uma pessoa simpática, malandra, esperta, indolente, cordial e preguiçosa.

Dessa forma, o jeitinho é uma prática cotidiana dos brasileiros, em geral, utilizada para conseguirem o que desejam burlando a lei. Além disso, essa conduta tem reflexos significativos no campo da Sociologia, História, Antropologia, Direito e Administração.

2.3 O Mito do Homem Cordial

A origem do chamado Homem Cordial data dos escritos do sociólogo brasileiro Sérgio Buarque de Holanda em seu livro Raízes do Brasil (1936). Por meio desses escritos, está o retrato mais fidedigno do brasileiro; o autor descreve esse sujeito com uma origem patriarcal de herança rural brasileira. Buarque de Holanda escreve que:

> A exaltação dos valores cordiais e das formas concretas e sensíveis da religião, que no catolicismo tridentino parecem representar uma exigência do esforço de reconquista espiritual e da propaganda da fé perante a ofensiva da reforma, encontraram entre nós um terreno de eleição e acomodaram-se bem a outros aspectos típicos de nosso comportamento social. Em particular nossa aversão ao ritualismo é explicável, até certo ponto, nesta “terra remissa e algo melancólica”, de que falavam os primeiros observadores europeus. (HOLANDA, 1936, p. 182).

Além disso, é possível afirmar que o homem cordial tem como uma forte característica o patrimonialismo. Ele aplica nas relações o desejo de estabelecer intimidade em qualquer esfera cotidiana, sejam elas na vizinhança ou no trabalho. A barreira entre família e o mundo inexiste, trata-se de um grande aglomerado.

Por outro lado, Antônio Candido (1967) critica o homem cordial, ao alegar que esse sujeito não pressupõe bondade, mas sim trata-se de uma aparência afetiva. A figura do homem cordial está ligada diretamente com a inadequação das relações impessoais oriundas da posição e da função do sujeito, e não da sua marca pessoal e familiar.

O homem cordial não representa a realidade que traz o senso comum, o qual tem por base um indivíduo repleto de bons modos e gentileza. Para esse autor, a cordialidade "pode iludir a aparência" do sujeito. (HOLANDA, 1995, p. 147).

Sendo assim, a chamada cordialidade do brasileiro é meramente “ilustrativa”, ao fazer com que a expectativa não conduza com a realidade.

3.1 Reflexos Jurídicos

O denominado jeitinho brasileiro, além de ter seus reflexos sociais, também possui reflexos na esfera jurídica. A conduta se faz presente na corrupção, na não observância das leis e regras do sistema judicial, nos negócios jurídicos, entre outros. A aversão ao cumprimento de leis, normas e regras não é apenas uma atitude brasileira; entretanto, é no Brasil onde essas transgressões possuem uma romanização singela denominado jeitinho brasileiro.

Para Lívia Barbosa (1992, p. 41),

> o jeitinho é sempre de uma forma especial de se resolver algum problema ou situação difícil ou proibida, ou uma solução criativa para alguma emergência seja sob a forma de burla de alguma regra ou norma preestabelecida, seja sob forma de conciliação, esperteza ou habilidade. Para que uma determinada situação seja considerada “jeitinho”, necessita-se de acontecimentos imprevistos e adversos ao objetivo do indivíduo. Para resolvê-la é necessária uma maneira especial, isto é, eficiente e rápida de tratar o problema. Não serve qualquer estratégia. A que for adotada tem de produzir resultados no curtíssimo prazo. E mais, a não ser estas qualificações nenhuma outra se faz necessária para caracterizar o “jeitinho”. Não importa que a solução seja definitiva ou não, ideal ou provisória, legal ou ilegal.

O jeitinho brasileiro pode ser entendido com uma forma alternativa de contornar o excesso de leis e a burocracia. Segundo Faoro (2000, p. 744 - 745), as leis brasileiras são criadas sem levar em consideração os costumes e as necessidades do povo, o que faz com que a sociedade crie caminhos alternativos para conseguirem o que quer, tendo em vista que, seguindo as leis de maneira pontual, isso não seria necessário ou até mais viável, uma vez que decorre contra a tradição do povo.

No Brasil, diferentemente de países desenvolvidos como Estados Unidos, França ou Inglaterra, é rotineiro ouvir que certa lei "não pegou", isto é, não é seguida como deveria ser. A partir disso, a própria sociedade abre caminho para a corrupção burocrática, além de ampliar a desconfiança no poder público. (DAMATTA, 1984, p. 97).

Desse modo, esse formalismo faz com que os governos, as instituições e até mesmo certa sociedade possam, com as leis, negar, vetar e consentir direitos e deveres; ao passo que o desrespeito a alguma lei faz com que se tenha uma generalização da desconfiança das leis e das validades destas na sociedade.

3.1.1 Vícios do Negócio Jurídico

Tratando-se de jeitinho brasileiro, é possível observamos essa conduta nos negócios jurídicos. Antes de mais nada, é preciso conceituar o que é negócio jurídico. De acordo com os civilistas Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2020), negócio jurídico é o acordo de vontades tendente a adquirir, modificar ou extinguir direitos, por meio da livre utilização, que os particulares sujeitos fazem de sua autonomia da vontade livre. Isto é, a expressão negócio jurídico é empregada no Código Civil como uma das espécies em que se subdividem os atos jurídicos lícitos; em outras palavras, negócio jurídico são atos humanos que demonstram a intenção (vontade) de produzir efeitos jurídicos: adquirir, extinguir, modificar, conservar direitos.

Porém, o negócio jurídico é passível de vícios, ou seja, deve considerar o vício como o um defeito que vem a macular o negócio jurídico e dar suporte a sua eventual invalidação. Dentre os vícios do negócio jurídico, podemos catalogar o erro que é compreendido como a falsa concepção da realidade que pode levar o declarante a expor sua vontade de maneira diversa do que faria se a realidade fosse conhecida, também há o dolo e a coação.

Ao trazer os vícios do negócio jurídico para a luz do jeitinho brasileiro, é possível identificar a invalidade do negócio jurídico, seja pelo erro, dolo ou coação, mediante conduta maliciosa advinda do jeitinho brasileiro. Prova disso são os casos em que a pessoa é ludibriada face a uma negociação em que a parte autora sai em vantagem; golpes e propagandas enganosas se encaixam nessa seara também.

Ou seja, nos vícios do negócio jurídico, o sujeito autor utiliza de métodos antijurídicos, visando um caminho mais fácil para concretizar o negócio jurídico, isto é, usa do jeitinho brasileiro para efetivar o negócio e obter vantagem em cima de alguém.

3.1.1.1 Erro do negócio jurídico

O erro está previsto nos artigos 138 a 144 do atual Código Civil e é definido como sendo uma falsa percepção da realidade. Entretanto, essa definição geral é insuficiente para definir com exatidão o erro, haja vista que há erros de diversas naturezas. Há, a desconsideração do erro de direito, previsto no art. 139, III, do Código Civil, erro o qual se trata não apenas da falsa percepção da realidade, mas também da interpretação equivocada da norma jurídica.

O erro pode ser classificado como sendo substancial (ou essencial) e acidental (ou não essencial), conforme ensina Gonçalves (2010). O chamado erro substancial é aquele em que atua diretamente nos elementos determinantes para a celebração do negócio jurídico, isto é, as partes e o objeto (art. 139 do Código Civil). Esse tipo de erro é de relevância fundamental, pois entende-se que sem esse erro o negócio jurídico não seria praticado. Por outro lado, o erro acidental é aquele em

que o erro incide sobre algum elemento menos importante, como por exemplo, algum acessório no objeto quando se trata de compra e venda. Nesse caso, não há vício de consentimento, haja vista que o negócio jurídico seria celebrado de qualquer forma.

3.1.1.2 Dolo do negócio jurídico

O dolo é considerado como sendo um artificio ou manobras de uma pessoa que, por meio delas, tenta efetivar e induzir outrem a realizar o negócio jurídico, com o objetivo de obter vantagens para si ou terceiros com aquele determinado negócio jurídico. Logo, tem-se que o dolo é proposital. Sendo assim, entende-se como sendo uma conduta dolosa no negócio jurídico aquela em que alguém induziu outro sujeito para realizar o negócio jurídico. Por esse viés, o dolo se assemelha ao erro, porém se difere, pois, nesse caso de dolo, houve a vontade efetiva de uma das partes. O dolo é provocado e o erro é espontâneo.

Quanto a natureza do dolo, segundo Theodoro (1938), ele pode ser: dolo principal e dolo acidental. No que diz respeito ao dolo principal, previsto no artigo 145 do Código Civil, compreende-se que nessa espécie o dolo é a causa determinante da manifestação de vontade, o negócio é realizado somente porque ocorreu a conduta maliciosa. Por outro lado, o dolo acidental, previsto no art. 146 do mesmo instituto, alega que mesmo com o dolo, em certos casos, o negócio jurídico seria realizado, no entanto, em condições mais vantajosas para a vítima. A conduta dolosa acidental não é determinante para a prática do negócio jurídico.

Por essa perspectiva, o jeitinho brasileiro ganha força, haja vista que, se tratando de negócio jurídico, muitos brasileiros ludibriam e

enganam para vender algo. A chamada lábia do vendedor brasileiro para realizar uma venda é uma conduta tipicamente dolosa pelo viés do negócio jurídico. Muitos anúncios falsos na internet utilizam desse artificio para "fetichizar" a mercadoria, prometendo vantagens e destaque ao comprador, mas que, na realizada, não passam de mais um golpe em que o produto não faz jus aquele que foi ofertado e prometido.

3.2 A Criatividade, a Corrupção e a Quebra de Normas Sociais

Pense na seguinte situação: você está em uma imensa fila de um banco. Assim como você, várias outras pessoas estão na fila esperando para serem atendidas, há poucos funcionários para a grande demanda de clientes. A fila não anda, as horas não passam, todos ali irritados com a lentidão, com o calor do dia e com seus outros afazeres. Quando de repente, um homem se dirige diretamente ao caixa ignorando a vila. Lá no caixa, você nota que o homem está tentando ser atendido, porém a atendente diz que nada pode fazer enquanto não entrar na fila; ele insiste e diz ser uma situação de emergência e que o que ele precisa não vai demandar muito tempo. A funcionária do caixa continua resistindo e negando o atendimento, até que um alvoroço começa na fila e um sujeito grita: "A fila começa lá atrás", porém o homem não hesita e de tanto insistir, aparece o gerente. Este o chama para conversar e aceita pegar os papéis que o tal homem trazia. Pronto, o homem conseguiu o que queria, mesmo não encarando a imensa fila e a demora. Essa é uma conduta clássica do chamado jeitinho brasileiro.

O jeitinho brasileiro pode ser encarado tanto como um favor, quanto uma maneira de corrupção. De acordo com Barbosa (1992), o jeitinho brasileiro estaria localizado entre dois extremos: o primeiro é o

positivo e o outro, negativo; isto é, pode pender mais para um lado ou para o outro dependendo da situação e do contexto. O que faz com que o jeitinho brasileiro seja visto como algo positivo ou negativo depende da situação em que ele ocorre e a relação que existe entre os indivíduos envolvidos.

O autor Rega (2000) amplia as visões a respeito do jeitinho com uma grande variedade. O autor apresenta como são extensas as concepções no que tange ao jeitinho brasileiro, passando de algo positivo - flexibilidade e criatividade - a algo negativo - tentar levar vantagem em tudo, uma forma de corrupção.

O jeitinho brasileiro aparece das mais diversas formas no cotidiano criativo do brasileiro como, por exemplo, sonegar imposto: na hora de declarar as despesas, não são fiéis e tentam levar vantagem sobre o governo. Outra conduta muito frequente entre os brasileiros é a falsificação de carteirinha de estudante para pagar meia entrada em alguns eventos, por indivíduos que não são estudantes. A compra da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) também é uma conduta tipicamente exemplificante do jeitinho brasileiro; o sujeito, para poupar tempo e processos burocráticos, compra a carteira acreditando que está em vantagem.

A pirataria não podia ficar de fora desse rol de exemplos, uma vez que ela é um crime clássico na sociedade brasileira, as vendas de produtos falsos são realizadas sem o mínimo de constrangimento. Por fim, mas não somente, corromper o guarda de trânsito - conduta apelidada popularmente como "pagar o cafezinho do guarda" - é um exemplo tanto do jeitinho brasileiro quanto de corrupção, uma vez que o sujeito infrator tenta subornar o agente da lei para ficar isento da multa.

Ao se tratar de criatividade para levar vantagem sobre algo ou alguém, não há dúvidas de que o brasileiro é especialista no assunto. O jeitinho brasileiro anda lado a lado com a corrupção, tendo em vista que a conduta, na maioria das vezes, está atrelada ao desvirtuamento de hábitos e costumes em benefício próprio.

Desse modo, atrelado à criatividade, juntamente com a corrupção, o jeitinho brasileiro rompe com normas sociais, mas não só, extingue regras e leis jurídicas. E o pior de tudo é que muitas vezes essa conduta é aceita pela sociedade, o que faz com que o jeitinho brasileiro ganhe casa vez mais força como um meio alternativo e rápido de resolver os entraves do cotidiano.

3.2.1 Boa-fé: tipos e contradições

A boa-fé apresenta duas vertentes, a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. No que diz respeito a boa-fé subjetiva, entende-se que há a ignorância do indivíduo acerca da existência do direito de outrem, trata da crença interna da pessoa, a qual acredita estar realizando o negócio jurídico nos termos da lei. O indivíduo não tem conhecimento sobre o vício que incide sobre o negócio jurídico. Por outro lado, a boa-fé objetiva é a regra quando se trata de relação jurídica, isto é, importa uma conduta honesta e leal entre as partes do negócio jurídico. O artigo 113 do Código Civil trata dessa boa-fé, a qual obriga que as partes ajam conforme os ditames jurídicos legais do negócio. (LÔBO, 2017, p. 95).

Então, tratando de boa-fé à luz do jeitinho brasileiro na conduta desviante da norma, há o oposto do esperado, ou seja, má-fé. Isso ocorre, uma vez que, com a prática do jeitinho brasileiro, o sujeito age com "maldade", com o discernimento do mal contido no ato

executado ou vício que pretende esconder ao almejar obter vantagem perante outrem, já que engana e finge passar a ideia de que está agindo de forma correta e legítima, conforme redação dada nos artigos 79 e 80 do atual Código de Processo Civil.

4 VERTENTES DO JEITINHO BRASILEIRO

4.1 Identidade Positiva

A identidade social do jeitinho brasileiro pode ser vista por duas ópticas diferentes, dependendo do juízo de valor atribuído a ela, em que uma é positiva e a outra negativa. A atribuição positiva, segundo Barbosa (1992), o espírito cordial, alegre, simpático, caloroso e humano do povo brasileiro, mostra ser uma nação cheia de possibilidades. Por essa perspectiva, a desigualdade social é ignorada, juntamente com as igualdades legais; esse pensamento se volta unicamente para o estereótipo do Brasil como um país tropical, bonito. Define o brasileiro como parte de um sistema moral e parte para a humanidade.

A autora ainda coloca que as possíveis causas dessa identidade positiva do jeitinho brasileiro estejam ligadas com a grande diversidade cultural e de etnias que formou o Brasil.

4.2 Identidade Negativa

Analisando pela perspectiva negativa, Barbosa (1992) alega que a identidade negativa da conduta do jeitinho brasileira se dá, uma vez que no Brasil os laços de amizade e familiaridade possuem mais valor do que o cumprimento das leis. As relações pessoais são a

preferência acima de qualquer outro critério; o brasileiro transforma o público em privado, ou seja, se apossa do patrimonialismo.

Barbosa (1992) escreve ainda que as possíveis causas históricas que atribuíram um viés negativo do jeitinho brasileiro foram por causa de sua colonização portuguesa, haja vista que Portugal era considerado um país incompetente e inepto quando se tratava de negócios em sua principal colônia, o Brasil. A fala do presidente francês Charles De Gaulle "este não é um país sério", em 1962, comprova a identidade negativa do que permeia o jeitinho brasileiro atribuído ao país.

Assim, entende-se que a identidade negativa da conduta do jeitinho brasileiro se sobressai com relação a identidade positiva, uma vez que, apesar de socialmente aceita, essa prática marca o país pejorativamente e imprudente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem realizada acerca do jeitinho brasileiro foi realizada de forma interdisciplinar, isto é, com campos da área do Direito, História, Sociologia, Antropologia e Administração. Retomando as definições dessa conduta, é possível observar suas raízes como próprias da cultura brasileira e inerente aos cidadãos; é tratada como um costume amplamente difundido e aceito, apesar de possuir negligências, desconsiderações e indiferença quanto a legislação.

A prática do jeitinho brasileiro faz parte da identidade nacional do país, porém, para isso, é preciso levar em consideração a história e a maneira como a sociedade brasileira se estruturou social e

politicamente desde os princípios. Por essa perspetiva, conclui-se que a corrupção originada pelo jeitinho brasileiro, por exemplo, implica em um ganho ou vantagem material sobre determinada ação. Entretanto, essa prática é observada corriqueiramente também nas relações sociais do cotidiano brasileiro, ao passo que os sujeitos caloteiam as leis e normas socias para obterem vantagens próprias, sejam estas vantagens econômicas ou privilégios sociais.

O Brasil, ao longo de toda a sua história, contou com oito constituições, as quais todas possuíam um artigo que salientava a igualdade de todos perante a lei. Porém, devido ao seu processo de colonização, estruturação político-social e burocrática, o qual põe em desvantagem uma parcela significativa de seu povo, fez com que estes procurassem meios alternativos para solucionar os conflitos do cotidiano. Para isso, os indivíduos priorizam os laços de afetividade e a ideologia individualista perante a legislação vigente em prol de proventos particulares, colocando assim a prática do jeitinho brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARBOSA. Lívia. **O jeitinho brasileiro**: a arte de ser mais igual que os outros. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

CAMPOS, R. de O. **A técnica e o Riso**. 2.ed. Rio de Janeiro: APEC, 1967.

DA MATTA, R. **O que faz o brasil, Brasil?** 5.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Porto Alegre: Globo, 2000.

FARIAS, C. Cristiano. NETTO, B. Felipe. ROSENVALD, N. **Manual de Direito Civil**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FILGUEIRAS, F. **A tolerância à corrupção no Brasil:** uma antinomia entre normas morais e prática social. Opinião Pública, v. 15, n. 2. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELLEMEN, P. **Brasil para principiantes**. Rio de Janeiro, Civilização brasileira; 1961.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REGA, Lourenço Stelio. **Dando um jeito no jeitinho: como ser ético sem deixar de ser brasileiro**. São Paulo: Mundo Cristão, 2000.

THEODORO Júnior, Humberto. Negócio Jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 780, out. 2000.

XV. OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID19 NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE COMPRA E VENDA

Cláudia Regina Voroniuk[1]
João Marcos Mariani[2]
João Marcos Mariani Junior[3]

RESUMO: A pesquisa busca demonstrar que as relações humanas sempre foram pautadas em acordos, os quais passaram a ser formalizados pelos contratos. No decorrer do tempo, princípios orientadores foram criados e cláusulas contratuais passaram a dar validade a esse negócio jurídico. Mas a base de um contrato está na vontade de partes, e estas podem inserir cláusulas que atendam seus interesses desde que haja comum acordo. O questionamento proposto estuda as situações das partes frente a uma situação inesperada, especificadamente, a pandemia do coronavírus que atingiu o mundo todo e trouxe reflexos econômicos devastadores para a sociedade contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de Compra e Venda. Pandemia. Validade jurídica.

ABSTRACT: Humanity's relations have always been based on agreements, what we can define as contracts. In this way, the contracts started to regulate human actions in several areas, including the purchase and sale relations. It started to establish principles that would guide such relationships, in addition to the principles, contractual clauses that give validity to such legal business. However, the establishment of a contract is the will of the parties, and they may insert clauses that may satisfy their interests. Such clauses are provided as special clauses in the purchase and sale contract, supporting the parties in the principle of freedom to contract.

KEYWORDS: Contract, Purchase And Sale Agreement, Special Clauses.

---

[1] Advogada. Professora Universitária. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL e em Docência no Ensino Superior no Centro Universitário Cesumar - Unicesumar. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar - Unicesumar. E-mail: advclaurevo@outlook.com.
[2] Discente do curso de Direito – Faculdade Maringá.
[3] Discente do curso de Direito – Faculdade Maringá; Especialista em Docência no Ensino Superior – Unicesumar. Graduado em História – Universidade Estadual de Maringá.

1. INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento, os seres humanos passaram a estabelecer relações entre si; essas pactuações poderiam ser por governabilidade, por serviços ou mesmo por troca de produtos. Assim, eram estabelecidas as relações de obrigações entre os indivíduos. Ao formar o chamado estado de sociedade[4], os homens passaram a promover tais pactuações em seu cotidiano, o estabelecimento de obrigações entre reis e seus súditos, os acordos entre senhores e empregados, tratos negociais entre partes na disposição trocas de produtos e serviços. Assim, se formavam as primeiras relações contratuais, uma das modalidades de fontes obrigações, regulada nos dispositivos legais brasileiros. Vale-se ressaltar que não é um papel assinado que se conta como dispositivo contratual, mas sim um negócio jurídico que envolve ao menos duas partes, com o objetivo de contratar.

O artigo está dividido em três partes. Num primeiro momento, serão abordados os princípios magnos que regem o direito contratual brasileiro. Em seguida, o enfoque são os contratos de compra e venda, sua natureza jurídica, características e cláusulas especiais. Segue com a indagação da possibilidade de revisão ou resolução do contrato de compra e venda no contexto da crise oriunda da pandemia do Covid-19. O arcabouço normativo brasileiro autoriza tais soluções? Por fim, a interpretação jurídica

[4] Dentre as divisões da vida humana em esferas, Thomas Hobbes, autor da obra "Leviatã", promove a divisão da vida humana em dois estágios, o estado natural, onde o homem viveria livremente, num estágio de medo permanente, onde o mais forte estabeleceria o domínio; e o estado de sociedade, onde os homens passam a promover pactuações sobre as relações de convivência, estabelecendo desta forma contratos, neste caso, o contrato entre o soberano e seus súditos.

dos tribunais acerca dos impactos da pandemia do Covid-19 nas revisões e resoluções contratuais.

2. DOS CONTRATOS

Buscar uma definição do que é contrato não é uma tarefa simples, pois as doutrinas elencam diferentes definições. Carlos Roberto Gonçalves (2020) entende o contrato como uma das fontes de obrigação no mundo jurídico. Entende o contrato como fontes geradoras de obrigação assim como as declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos, dolosos e culposos. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020, n.p.), o contrato é "um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelo princípio da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades".

Discutindo as concepções acerca da definição de contrato, Álvaro Villaça Azevedo (2019, n.p.) entende que "não resta dúvida de que o negócio jurídico é a manifestação de vontade tendente à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica. Essa é complexo de direitos e de obrigações". Deve-se entender, à luz da doutrina que, o contrato é nada mais que uma manifestação de vontade (AZEVEDO, 2019), podendo ser essa modalidade de negócio jurídico bilateral ou plurilateral (GONÇALVES, 2020). Não se deve pensar no contrato como uma relação unilateral, pois fala-se aqui, da pluralidade de vontades, o que não se poderia entender como algo individual. Para Caio Mário, "o

fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que em conformidade da ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, cria direitos e obrigações." (GONÇALVES 2020, *apud. PEREIRA, 2020, p.07)*. Continua a definição "um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos". Deve-se entender, ao contrato é necessário a vontade; não havendo vontade, não haverá contratação.

Os princípios jurídicos norteiam o equilíbrio das relações jurídicas; não sendo seguidos, podem desamparar as relações entre as partes (AZEVEDO, 2019). A principiologia jurídica vai além do Direito Positivo, não estando elencado muitas vezes de forma explícita, mas, na forma implícita. Em seus estudos, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020, p, 92) concluíram:

> Princípios, por sua vez, encontram-se em um nível superior de abstração, sendo igual e hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma 'pirâmide normativa' (Stufenbaun), e se eles não permitem uma subsunção direta dos fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob seu 'raio de abrangência.

Os princípios jurídicos contratuais, não são absolutos ou mesmo ilimitados (LÔBO, 2020), podendo os seus mais diversos princípios entrarem em conflito, virem a se chocar devido aos interesses alegados. Todavia, quando tais direitos não integram o código normativo legal, tal função acaba por ter de ser decidida pelos aplicadores da lei, utilizando-se da hermenêutica jurídica, conforme o art. 4º da Lei de Introdução ao

Código Civil (BRASIL, 2002): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais do direito.”.

Pensando sobre os princípios contratuais, Paulo Lôbo (2020) promoveu uma divisão principiológica em dois formatos, os chamados, princípios individuais dos contratos e os princípios sociais do contrato. O doutrinador ainda explica “os princípios individuais são os que contemplam os interesses individuais do contrato.” Tais princípios o autor elenca como: a) o princípio da autonomia privada negocial; b) princípio da força obrigatória; c) princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Sobre os princípios sociais do contrato, o autor ensina que os princípios sociais dos contratos que o sistema jurídico brasileiro adota, correspondentes ao constitucionalismo social, são: a) princípio da função social; b) princípio da boa-fé objetiva; c) princípio da equivalência material”. (LÔBO, 2020).

O princípio da autonomia privada negocial e o princípio da função social são entendidos como o poder em que as partes têm de regular os seus próprios interesses diante de uma negociação. Tal autonomia se equivale ao princípio da autonomia de vontade, pois não há contrato, se não houver autonomia de vontade (GAGLIANO, FILHO, 2020). As partes são livres para contratar, porém tal liberdade não ocorre da mesma forma no contrato em si; tal liberdade é limitada por outro princípio, o princípio da função social. Tal limitação é disposta no artigo 421 do Código Civil: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.” (BRASIL, 2002). Em seus ensinamentos, Carlos Roberto Gonçalves (2020, *p. 372-373)* discorre sobre a importância da função social do contrato:

> A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da "função social da propriedade" previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes.

Tal princípio serve para limitar a autonomia de vontade para que esta não venha a se chocar com o interesse social; tal princípio fica evidente, após o emergência do Estado de Bem-Estar Social, modelo intervencionista, no qual o Estado deve propiciar condições mínimas e dignas aos seus cidadãos para a sobrevivência digna. Neste tópico estudado, conseguimos visualizar tanto um princípio individual, quanto um princípio social.

O princípio da força obrigatória dos contratos tem por finalidade fazer com que o cumprimento do contrato seja de fato efetivo; a sua obrigatoriedade de cumprir a livre pactuação é o princípio da força obrigatória dos contratos. Nos abre as portas ao entendimento da funcionalidade de tal princípio Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020):

> O princípio da força obrigatória, denominado classicamente *pacta sunt servanda*, traduz a natural cogência que deve emanar do contrato, a fim de que lhe possa reconhecer utilidade econômica e social. De nada valeria o negócio, se o acordo firmado entre os contratantes não tivesse força obrigatória. Seria mero protocolo de intenções, sem validade jurídica.

Nos importa pensar que, se o contrato é tangido pela autonomia de vontade, uma vez em que houve a pactuação, sua consequência deve ser o cumprimento. Todavia, pode-se perceber certa limitação a este princípio (devendo sempre lembrar, que os princípios não são absolutos ou mesmo ilimitados). À visão de LÔBO (2020), o Estado Social e o papel de mediação dos juízes, na revisão de contratos, colocaria em perigo a segurança e a previsibilidade. Tal limitação de princípio é visto também à luz do Código Civil de 2002, uma vez que este tem protegido sensivelmente a parte mais fraca; além do parágrafo único do artigo 473, atenuar o princípio da obrigatoriedade (AZEVEDO, 2019).

Pelo princípio da relatividade dos efeitos das relações contratuais, o contrato é modelo de obrigação que, teoricamente, geraria efeitos somente entra as duas partes contratantes, uma vez que, até os presentes princípios estudados até aqui, as partes são livres para contratar se quiserem e como quiserem, seguindo o princípio da função social do contrato, não gerando efeito em terceiros.

Porém, nos ensinam GAGLIANO e FILHO (2020) que “algumas figuras jurídicas podem excepcionar a regra”; é o caso de dois formatos contratuais: a) contrato de estipulação em favor de terceiro; b) contrato com a pessoa a declarar. Paulo Lôbo (2020) nos apresenta essas excepcionalidades e o que as faz acontecer no Direito Contratual, conforme a seguir.

A função social do contrato, explicitada no art. 421 do Código Civil brasileiro, criou profunda contenção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, porque os terceiros integram necessariamente o âmbito

social do contrato, que não apenas têm o dever de respeitá-lo, mas também de não serem por eles prejudicados.

Daqui, entende-se que o contrato, atendendo a sua função social, pode gerar efeitos a terceiros e, assim sendo, seus efeitos são relativos, elencando aquilo que à definição de LÔBO (2020) é princípio social do contrato.

Discorrer sobre boa-fé é uma interlocução do Direito com a ética, ramo da Filosofia. O princípio da boa-fé, além de princípio ético, está tutelado no Código Civil brasileiro de 2002, no artigo 422, que diz: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim como na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé." (BRASIL, 2002). Define em sua explanação AZEVEDO (2019) que "o princípio da boa-fé, deve ser, antes de tudo, mencionado, pois ele assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito". O princípio da boa-fé objetiva torna obrigatória a conduta correta no andar da relação contratual; tal comportamento deve ser digno e justo para as partes, ao longo da tratativa, a formação e o cumprimento do contrato.

Se pensar em equivalência é logicamente se pensar em duas proporcionalidades iguais, em que estas estão em exatas ou próximas proporções. Pensar no princípio da equivalência material é pensar na questão igualdade contratual, orientados por um princípio social maior, o princípio da função social (GAGLIANO; FILHO, 2020). Nos ensina o doutrinador Paulo Lôbo (2020):

> O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real dos direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a sua execução, para

> rearmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desiquilíbrios iniciais ou supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis.

É importante pontuar que tal princípio de solidarismo social também implica diretamente na garantia fundamental da dignidade da pessoa humana (GAGLIANO; FILHO, 2020). Este princípio tem por seu objetivo as garantias de equilíbrio e harmonia na relação contratual.

2. OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA

Uma das modalidades mais conhecidas de contrato é o de compra e venda. Tal instituto tem relevante importância, consagrando um capítulo no instituto das Várias Espécies de Contrato no Código Civil brasileiro. O próprio Código Civil de 2002 traz no artigo 481 uma definição sobre o contrato: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a paga-lhe certo preço em dinheiro.” (BRASIL, 2002). Percebe-se, nessa modalidade de negócio jurídico, dois atores fundamentais, um vendedor, aquele que detém a posse de um bem móvel ou imóvel, e um comprador, aquele que se obriga a pagar o preço (GAGLIANO; FILHO, 2020).

É válido destacar que a transferência de propriedade, no direito brasileiro, não se dá apenas como pagamento do preço; ela é resultado da constituição do título (contrato) e de solenidade posterior (tradição do bem móvel ou registro do bem imóvel); somente assim finaliza-se o negócio

(GAGLIANO; FILHO, 2020). O contrato de compra e venda é uma pactuação entre duas relações que o homem promove desde seus primórdios, a compra, venda ou troca de produtos, e o estabelecimento de relações obrigações entre os indivíduos, agora aqui tratados em um mesmo âmbito.

Ao tratar da natureza jurídica do contrato de compra e venda, Paulo Lôbo (2020) entende o contrato de compra e venda como "negócio jurídico bilateral, por excelência, pois resulta de duas manifestações de vontades distintas ainda que não correspondentes". Deve se pensar no negócio como bilateral, uma vez em que existe a vontade de duas partes que, harmonizadas, formam um consentimento (GAGLIANO; FILHO, 2020).

Apresentando as características e a natureza do contrato de compra e venda, Paulo Lôbo (2020) ainda nos mostra enquanto classificação:

> A compra e venda é um contrato bilateral, oneroso e consensual mediante o qual o vendedor assume a obrigação de transferir bem ou coisa alienável e de valor econômico ao comprador, que por sua vez assume a obrigação de pagar o preço determinado ou determinável em dinheiro. A coisa pode ser corpórea ou incorpórea. É o mais importante entre os contratos típicos e o mais utilizado pelas pessoas em seu cotidiano.

A questão da onerosidade também é de fundamental importância ao contrato; tais elementos essenciais no contrato de compra e venda são: a) a coisa; b) o preço; c) o consentimento. É o contrato de compra e venda

uma espécie de negócio jurídico *oneroso*; pode ser ele *comutativo* ou *aleatório* (GAGLIANO; FILHO, 2020). O autor ainda nos explana que cada parte se beneficia, um com a coisa e outro com o preço.

A primeira coisa a ser pensada é que a coisa é o objeto da compra e venda; GONÇALVES (2020) nos atenta que no direito do consumir o termo coisa é substituído por produto. Deve-se entender na mesma lição que não é vendável algo inexistente. GAGLIANO e FILHO (2020) nos atentam que o bem, o objeto da compra e venda, deverá ser passível de circulação no comércio jurídico, deve ser certo, determinado ou determinável. Ainda sobre a coisa, o artigo 483 do Código Civil fala sobre a compra e venda que tenha por objeto coisas atuais ou futuras. Sobre tal questão sobre as coisas futuras:

> A coisa futura, por sua vez, é aquela que, posto ainda não tenham existência real, é de potencial ocorrência. [...] a compra de uma safra de cacau que não foi plantada. Em tal caso, o contrato ficará sem efeito se a coisa não vier a existir, consoante previsto no mesmo dispositivo, ressalvada a hipótese de as partes terem pretendido pactuar contrato aleatório (GAGLIANO; FILHO, 2020).

Em tal artigo que se fala sobre a coisa, consegue-se visualizar a aplicabilidade do princípio da boa-fé, quanto ao objeto, sua existência e a sua entrega.

À primeira questão sobre o preço, é dado que este deve ser certo, como já dispõe o artigo 481 do Código Civil de 2002. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020) explicitam que preço deverá ser fixado pelas partes, sendo um dos princípios da autonomia de vontade.

Sobre tal questão acerca do preço, o doutrinador Paulo Lôbo (2020), discorre:

> O preço deve ser certo, significando que deve ser determinado, ou ao menos determinável por terceiro e ainda por taxa de mercado, índices, parâmetros e outros critérios de fixação. Não pode ser incerto. Preço determinado é o que não necessita de qualquer critério para posterior determinação.

Ainda neste breve estudo sobre o preço, é importante destacar que este não deve ser irrisório para que não seja uma situação de uma doação simulada, por exemplo, ou mesmo que não se tenha o preço, pois, não havendo preço, não há contrato de compra e venda; haverá por exemplo, contrato de troca (LÔBO, 2020).

Ao discorrer sobre a questão das cláusulas especiais, os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020) apresentam que as cláusulas especiais de compra e venda são "nada mais do que elementos acidentais do contrato de compra e venda". Tais cláusulas, já permeavam o Código Civil de 1916, em que estas poderiam ser acionadas (GONÇALVES, 2020). O Código Civil de 1916 tratava com cláusulas especiais de compra e venda a *retrovenda, a venda a contento, o pacto de preferência, o pacto de melhor comprador* e o *pacto comissório*. Todavia, às questões das evoluções negociais com o tempo histórico, o Código Civil, teve de se adequar à sua realidade concreta, também promovendo mudanças.

No Código Civil de 2002, as cláusulas especiais de compra e venda apresentam-se com *a retrovenda, a venda a contento e da sujeita a*

prova, a preempção ou *preferência, a venda com reserva de domínio* e por fim, *a venda sobre documentos*. À luz da doutrina, Calos Roberto Gonçalves (2020 n.p.) dispõe que "as inovações estão representadas pela venda sujeita a prova, venda com reserva de domínio e venda sobre documentos, que toma os lugares do pacto de melhor comprador e do pacto comissório."

A cláusula especial do contrato de compra e venda, a retrovenda, está disposta entre os artigos 505 e 508 do Código Civil de 2002. Tal cláusula contratual dispõe sobre o direito de um vendedor resgatar seu bem imóvel. Segundo o artigo 505 do Código Civil:

> O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias. (BRASIL, 2002).

O *pactum de retrovendendo* é um pacto acessório, em que a invalidade da cláusula não afeta a validade da obrigação principal (GONÇALVES, 2020). Trata-se dessa forma, a retrovenda, "uma condição resolutiva expressa, que submete o negócio jurídico da compra e venda a evento futuro e incerto, segundo interesse do vendedor em reaver a coisa." (GAGLIANO; FILHO, 2020). É importante pensar que, se falar em valores, as despesas devem incluir as benfeitorias necessárias (FERREIRA, 2019), já as úteis e voluptuárias, não se enquadram nesta relação. Todavia, se fala na questão do preço, a doutrina apresenta tal ideia aos gastos tidos pelo comprador de forma atualizada, "seja para a aquisição do bem, seja

para a realização de benfeitorias necessárias.” (GAGLIANO; FILHO, 2020).

Ainda como dispõe o artigo, o direito de retrato é de prazo máximo de três anos, é o prazo decadencial, contado a partir da conclusão do contrato, jamais superior a este tempo. Vale apontar que a cláusula pode ser exercida a qualquer tempo antes dos três anos; todavia, nunca de forma superior. O efeito de retrovenda deve constar na escritura pública do bem, e o comprador pode vender o imóvel para outro. Neste caso, para que a cláusula seja cumprida, deve o vendedor primário ajuizar ação de resgate (D’LÍRIO, 2017), assim como trata o art. 506 do Código Civil e parágrafo.

Da venda a contento e da sujeita à prova, a subseção II das cláusulas especiais de compra e venda dispõem sobre os institutos de venda a contento e a venda sujeita à prova. Aponta LÔBO (2020) que ambas as cláusulas referem-se à venda sob condição suspensiva; desta forma, “não se admitindo condição resolutiva, o contrato de compra e venda não se conclui se não houver a manifestação de agrado do potencial comprador.” (LÔBO, 2020). O artigo 509 do Código Civil de 2002 regula sobre a contento e suas consequências:

> A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado. (BRASIL, 2002).

Sob esta condição, o negócio se torna aperfeiçoado, dependendo do gosto do comprador, do seu exclusivo arbítrio, não podendo o vendedor alegar que tal questão venha a ser um capricho; o comprador, neste caso,

não precisará dar qualquer justificativa (GONÇALVES, 2020). Neste caso, a tradição não é o objeto conclusivo do negócio, mas somente quando houver a declaração de agrado, uma vez em que não houve a aceitação integral (LÔBO, 2020).

Por sua vez, a venda sujeita à prova é disciplinada no artigo 510 do Código Civil de 2002: "Art. 510 Também a venda sujeita à prova presume-se feita sob a condição suspensiva de que a coisa tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor e seja idônea para o fim a que se destina." (BRASIL, 2002). Diferente da compra a contento, a venda sujeita à prova tem a sua resolução de negócio jurídico quando são atendidas as qualidades asseguradas pelo vendedor e na idoneidade para o fim que se destina (FERREIRA, 2019). É válido destacar que neste direito de devolução não será necessário ao provador dar qualquer tipo de explicação sobre a recusa, levando em consideração o princípio da boa-fé.

É conhecida por preempção, preferência ou prelação a cláusula especial no contrato de compra e venda que o vendedor original tem assegurado o direito de adquirir do comprador a coisa (bem móvel ou imóvel), que pretender vender a terceiro, por mesmo preço e igualdade de condições (LÔBO, 2020). A preempção ou preferência é tratada entre os artigos 513 e 520 do Código Civil de 2002. O Código Civil de 2002 explicita de forma didática, no artigo 513, sobre a forma como se dá este instituto e seu parágrafo único apresenta a disponibilidade temporal para o exercício de tal cláusula especial:

> Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que

> este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto. Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel. (BRASIL, 2002).

É válido o destaque apontado na doutrina que, para a validade da preferência ou preempção, tal cláusula deve constar em contrato, para o que o original vendedor tenha a preferência, caso, quando o comprador vier a resolver vender, se resolver vender (GONÇALVES, 2020). O parágrafo único do artigo 513 explicita a relação à cláusula temporal; são 180 dias se a coisa for móvel ou dois anos se a coisa for imóvel. A notificação ao vendedor original poderá ser feita judicialmente ou extrajudicialmente (FERREIRA, 2019). Complementa a temporalidade o artigo 516, em que para o exercício de seu direito, o vendedor original terá três (3) dias para responder, se o bem for móvel; 60 dias, se o bem for imóvel; tais datas contam a partir do dia em que o vendedor original for notificado.

Por fim, destaca D'LÍRIO (2017) que "diferente da Retrovenda, não possui garantia real, ou seja, se o comprador vender sem respeitar a preferência, deve pagar indenização ao vendedor, não podendo ele ingressar com ação de resgate ou retrato."

Da venda com reserva de domínio, nos artigos 521 e 528 do Código Civil, é tratada a questão da cláusula especial do contrato de compra e venda, da venda com reserva de domínio. O artigo 521 explicita a funcionalidade de tal instituto afirmando que "na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago." (BRASIL, 2002). A explicação doutrinária de tal

instituto, de forma didática, apresenta a compreensão dele, podendo ser este entendido como incentivo ao comércio dos bens móveis:

> A venda com reserva de domínio [...] nada mais é que o contrato de compra e venda de coisa móvel, em que se subordina a efetiva transferência da propriedade ao pagamento integral do preço. Por meio deste contrato, com tal condição suspensiva, transfere-se ao adquirente apenas a posse da coisa alienada, conservando o vendedor o domínio sobre a mesma, até lhe ser pago a totalidade do preço. (GAGLIANO; FILHO, 2020).

Destaca-se que, para tal validade de cláusula, é necessário que esta venha na forma positivada no contrato (art. 522, do Código Civil), precisando ser registrada em cartório para a validade contra terceiros (FERREIRA, 2019, *on-line*). O artigo 524 do Código Civil brasileiro expressa ainda que o bem móvel passa a ser propriedade do comprador quando o preço for integralmente pago; porém, os riscos sobre ele passam a serem respondidos a partir do momento em que este tiver a posse do bem.

Todavia, deve-se pensar na questão da inadimplência do comprador; tal questão é positivada no artigo 526 do Código Civil brasileiro. No caso da mora, destacam-se dois caminhos: a) ação de cobrança das prestações que estão em dívida e aquilo mais que for devido; b) pode-se pedir a recuperação da posse da coisa vendida. Se a questão se resolver na segunda hipótese, o artigo 527 aponta que tal bem não ficará em posse do vendedor original. Ele venderá o bem, reterá o valor de seus prejuízos, e o excedente retornará às mãos do comprador, na forma da lei processual.

A cláusula especial da venda sobre documentos é uma das inovações apresentadas no Código Civil de 2002. Sua influência advém do Código Civil italiano (GONÇALVES, 2020). Com a inserção desta cláusula, a tradição da coisa é substituída pela entrega de um título que venha representar-lhe. Dispõe-se o Código Civil brasileiro sobre este instituto:

> Art. 529. Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos.
> Parágrafo único. Achando-se a documentação em ordem, não pode o comprador recusar o pagamento, a pretexto de defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, salvo se o defeito já houver sido comprovado. (BRASIL, 2002, *on-line*).

Tal instituto é mais comum nas relações comerciais, como destaca a explicação doutrinária: "Trata-se, porém, de um instituto há muito conhecido, notadamente no comércio marítimo, tendo por finalidade agilizar a dinâmica contratual." (GAGLIANO; FILHO, 2020, n.p.). Todavia, deve-se pensar na questão de o bem não ser entregue; assim, como deverá se resolver tal imbróglio? A doutrina explicita que "como a propriedade já se transferiu, deve-se ingressar com a medida possessória ou petitória cabível, em face do alienante (ação reivindicatória, por exemplo)." (GAGLIANO; FILHO, 2020).

A pandemia do coronavírus repercutiu de maneira negativa na vida financeira da população mundial. E no aspecto contratual, a inadimplência passou a fazer parte da rotina social. E como encarar essa

realidade, do ponto de vista jurídico, tornou-se um desafio para os operadores do Direito. Isso porque passa-se a assistir, “a partir de então, à proliferação de textos sobre variabilidades do descumprimento, nos quais se verifica certo consenso em torno da ideia de que os efeitos negativos provocados pela COVID-19 nas relações contratuais não conduzem a único resultado. (DO RÊGO MONTEIRO FILHO, 2020).

3. OS REFLEXOS DA PANDEMIA NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA

O mundo vem vivendo um período de sobressaltos financeiros decorrentes da crise instalada pela pandemia do Covid-19. As políticas de confinamento instituídas pelos poderes públicos que buscam salvaguardar a vida dos indivíduos, ao mesmo tempo, instauraram uma crise econômica sem precedentes. E os reflexos dessa crise ultrapassaram o aspecto sanitário para desencadear uma crise econômica e social que desembocou no Poder Judiciário.

No campo contratual, a Teoria da Imprevisão ou *rebus sic stand bus* ganhou destaque ao fundamentar a intervenção judicial nos contratos diante de um fato imprevisto e imprevisível que faz romper uma situação de desequilíbrio entre as partes.[5] Mas o cenário pandêmico atual configura

[5] Código Civil de 2002. Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.
Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

um fato imprevisto e imprevisível e autoriza a quebra do dogma *pacta sunt servanda?* "Na confrontação da *pacta sunt servanda* com a cláusula *rebus sic stantibus*, é imperioso que se racionalize o contrato, observando a condição das partes e o negócio envolvido. (DE PAULA MORAIS, 2020).

Segundo os professores Tepedino, Oliva e Dias (2020), no cenário provocado pela pandemia, tem-se três possibilidades dentro da normatividade civil:

> (i) a pandemia como evento de força maior ou caso fortuito, a acarretar a impossibilidade objetiva no cumprimento da prestação; (ii) a pandemia como evento que gera excessiva onerosidade a um dos contratantes; ou, ainda, (iii) a pandemia como evento que desequilibra (por vezes dramaticamente) a situação patrimonial do contratante, sem repercussão direta na economia interna contrato.

Nesse sentido:

> DO DIREITO APLICÁVEL À ESPÉCIE – DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA QUE PERMITE A REVISÃO OU A RESOLUÇÃO CONTRATUAL EM CASO DE ACONTECIMENTO EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL. A teoria da imprevisão, adotada pelo Código Civil, estabelece a possibilidade de rescisão ou de revisão contratual em hipóteses de ocorrência de situações excepcionais, que não poderiam ser previstas ou reguladas pelas partes. Diante do arcabouço jurídico estampado pelo Código Civil (arts. 478, 479 e 480 todos do Código Civil), é evidente que a situação gerada pela

---

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

> pandemia do coronavírus pode ser enquadrada como "acontecimento extraordinário e imprevisível", na dicção do art. 478 do Código Civil, autorizando a revisão contratual. Desembargador Cesar Ciampolini, da 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP, Processo 2061905-74.2020.8.26.0000)
>
> Que possamos divergir de forma mais organizada e menos caótica, e sempre com um objetivo comum: buscar infinitamente a aplicação coerente das diversas categorias jurídicas, e preservar a segurança jurídica dos contratos. A confiança e a estabilidade no cumprimento das obrigações privadas, ainda mais em momento tão dramático, formam um dos pilares fundamentais para a integridade do sistema. (ABELHA, 2020).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É válido salientar que o contrato de compra e venda é um dos negócios jurídicos mais utilizados no cotidiano da sociedade atual. O estudo verificou que referido contrato se ampara em diversas relações contratuais, saindo das relações puramente legais e se baseando inclusive na principiologia contratual, o que busca garantir a melhor relação negocial para as partes envolvidas no contrato.

O estudo das cláusulas especiais, no contrato de compra e venda, nos leva ao entendimento do princípio da liberdade das partes de contratar, podendo as partes, inserir cláusulas que melhor se adequem às suas necessidades, em detrimento da busca de um melhor negócio. Ainda que o estudo seja feito à luz das leis das cláusulas especiais de compra e venda, embasados na doutrina sobre o assunto, não há a ideia do esgotamento de

tal assunto de amplitude relevante, uma vez que tal estudo tem por intuito a finalidade pedagógica de ampliar o entendimento, ainda que de forma superficial dos que buscam conhecer tal assunto.

Os desafios impostos pela pandemia atingiram a sociedade como um todo e o Direito, como regulador das relações humanas, precisa encontrar alternativas que atendam às necessidades sociedades, sem se descuidar dos seus princípios embasadores. No campo contratual, as rescisões e revisões contratuais estão se tornando a regra na atualidade, e o grande obstáculo para os operadores do Direito é harmonizar as relações *inter* partes desgastadas por conta dos reflexos da pandemia e, ao mesmo tempo, fazer valer a normatividade que disciplina a dinâmica das relações contratuais no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABELHA, André. Quatro impactos da Covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta. Migalhas. 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil - teoria geral dos contratos típicos e atípicos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

BRASIL. *Decreto Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2020.

DE PAULA MORAIS, Pedro Henrique; MARTINS, Plínio Lacerda. OS EFEITOS DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NOS CONTRATOS. **Confluências| Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 22, n. 2, p. 260-278. 2020.

D'LÍRIO, Davi. Sobre as cláusulas especiais no contrato de compra e venda. Jus Brasil. 2017. Disponível em: https://davilirio15.jusbrasil.com.br/artigos/474424586/sobre-as-clausulas-especiais-do-contrato-de-compra-e-venda. Acesso em: 27 set. 20.

DO RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison. Contratos em tempos de pandemia: descumprimento e força maior. **Actualidad jurídica iberoamericana**, n. 12, p. 292-299, 2020.

FERREIRA, Ana Vitoria Rodrigues. Cláusulas especiais de compra e venda. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5691, 30 jan. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/70296. Acesso em: 27 set. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo. Pamplona. **Contratos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

HOBBES, Thomas de Malmesbury, Leviatã. Os Pensadores. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial. **Conjur**, [*S. l.*], 20 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais. Acesso em: 9 out. 2020.

XVI. SISTEMA MULTIPORTAS NO BRASIL: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB UM NOVO OLHAR

Arthur Bertolo Bulla[1]
Patrick Fornazza Rodrigues[2]
Ma. Tais Zanini de Sá Duarte Nunes[3]

RESUMO: De forma breve e generalizada, pretende-se apresentar alguns métodos de solução de conflitos diversos do modo tradicional, os quais são usados há milênios nas sociedades orientais; já outros, há várias décadas são utilizados em países europeus, enquanto no Brasil experientaram o esquecimento durante o período em que o Estado tinha grande credibilidade enquanto pacificador social. Alguns desses métodos têm caráter extrajudicial e têm demonstrado eficiência para solução de conflitos, apresentando, inclusive, melhores resultados, se comparados ao tradicional processo judicial. Várias são as vantagens desses métodos, conhecidos como alternativos – ainda que, de alternativos, nada possuam – em que a maioria de seus usuários, ao final do procedimento, experimentam satisfação e até mesmo felicidade, o que não se verifica em relação ao processo judicial tradicional, uma vez que, de forma geral, existem vencedores e vencidos, restando apenas um dos lados saciado, quando muito, em suas reivindicações; não obstante, muitas vezes, nenhuma das partes dá-se por satisfeita em seus anseios. Com a finalidade de explanar e exemplificar modo e resultados proporcionados pelos métodos aqui abordados, foram utilizadas, como ferramentas metodológicas, a narração de cenas de filmes, aliada à consulta bibliográfica e de artigos científicos especializados, bem como de dados e legislação pátria. Assim, chegou-se à conclusão de que o sistema multiportas, há pouco tempo regulamentado no Brasil, é o modo mais adequado para auxiliar o Judiciário em sua árdua tarefa de pacificação de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Métodos alternativos de solução de conflitos. Poder judiciário. Obras cinematográficas.

---

[1] Acadêmico do curso de direito da Faculdade Maringá. E-mail: patrickfornazarodrigues@gmail.com.
[2] Acadêmico do curso de direito da Faculdade Maringá. E-mail: arthur1.bulla@hotmail.com.
[3] Mestra em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2015). Especialista em Direito Constitucional pela UNIFIA (2016). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera (LFG) – PR (2012). Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela PUC de Campo Grande/MS (2006). Graduada em Direito pela Unicesumar (2002).

ABSTRACT: Briefly and in general, it is intended to present some methods of conflict resolution different from the traditional way, which have been used for millennia in Eastern societies; others, for several decades, have been used in European countries, while in Brazil they experienced forgetfulness during the period when the State had great credibility as a social peacemaker. Some of these methods have an extrajudicial character and have been shown to be efficient in resolving conflicts, even presenting better results, when compared to the traditional judicial process. There are several advantages of these methods, known as alternatives - although they have nothing of alternatives - in which the majority of their users, at the end of the procedure, experience satisfaction and even happiness, which is not the case with the judicial process traditional, since, in general, there are winners and losers, with only one side left, at most, in its claims; notwithstanding, many times, neither party is satisfied with its desires. In order to explain and exemplify the mode and results provided by the methods discussed here, the narration of movie scenes was used as methodological tools, together with bibliographic consultation and specialized scientific articles, as well as data and national legislation. Thus, it was concluded that the multiport system, recently regulated in Brazil, is the most appropriate way to assist the Judiciary in its arduous task of pacifying conflicts.

KEY-WORDS: Alternative methods of conflict Resolution. Judicial power. Cinematographic Works**.**

1 INTRODUÇÃO

Propõe-se, com esta pesquisa, apresentar e esclarecer como os métodos alternativos de soluções de conflitos podem resolver impasses, de maneira eficaz, poupando diversos recursos que são despendidos em processos judiciais litigiosos. Para tanto, buscou-se demonstrar e exemplificar, com obras cinematográficas, os principais métodos alternativos para solução de conflitos e suas implicações em situações hipotéticas, mas que retratam conflitos comuns na vida real.

Pretende-se, também, por meio deste artigo, trazer luz sobre tais métodos, a fim de que sejam observados de maneira clara e de fato como uma alternativa futura ao processo litigioso no Brasil, trazendo destaque à negociação, mediação e conciliação, abordados e

incentivados pelo Código de Processo Civil, de 2015 e a arbitragem, regulada pela Lei 9.307/96.

Para melhor elucidação e embasamento teórico, foram utilizadas obras especializadas de autores do assunto, como fonte principal de captação de conteúdo, abordando-se, primeiramente, os conflitos e a melhor forma de solucioná-los, conforme a moderna teoria dos conflitos.

A relevância do tema se justifica pela própria observância dos números do judiciário na atualidade, com mais de 80 milhões de processos em andamento e apenas 18 mil magistrados, de acordo com os últimos dados do CNJ, em 2019, confirmando a sobrecarga de nossos tribunais. Não obstante, necessário salientar que, antes da implementação do sistema multiportas, com o Código de Processo Civil, de 2015 e a Lei 13.140/15, marco regulatório da mediação, os números chegavam a 102 milhões de processos e índice de 71% de congestionamento. Sendo assim, pode-se verificar que, embora recente, o sistema multiportas já trouxe ao país uma redução considerável dos processos litigiosos, proporcionando ao Estado e à sociedade inúmeras vantagens na solução integral dos conflitos e pacificação das relações sociais.

2 CONFLITOS

Em sua obra **"**Política", Aristóteles afirma que a *polis* faz parte das coisas naturais e que o homem é, por natureza, um animal político. Isso nos leva a depreender que uma busca contrária à essa natureza, a busca por um mundo de isolamento, sem qualquer interação social, é utópico e impossível de acontecer, em qualquer circunstância. Com base

nesse preceito, podemos concluir que os conflitos farão parte da vivência do homem na sociedade, até o seu fim. A própria palavra conflito tem, em sua origem, a ideia de querela, do latim *conflictus,* que significa choque, embate, combate ou luta, e possui derivação imediata do latim *conflictatio, onis,* à qual acrescenta-se o significado de querela, disputa. (ANDRADE, ALYRIO E MACEDO, 2012

Deve-se compreender que no conflito de interesses em que apenas uma das partes sai inteiramente satisfeita com o resultado da questão, não se atinge a pacificação social tão almejada, uma vez que a parte insatisfeita continuará buscando formas de se vingar, utilizando, muitas vezes, o próprio Poder Judiciário para esse fim, provocando a cultura litigiosa e a sobrecarga de processos.

Para que haja a solução integral do conflito, é importante que, sempre que possível, as partes saiam conscientes e satisfeitas com a solução apresentada, portanto, a moderna teoria do conflito defende a percepção positiva do conflito e de crescimento para todos os envolvidos, e o método usado será essencial para esse resultado. (CNJ, 2016, p. 43).

As sociedades complexas trazem consigo uma imensidão de tipos de conflitos e situações, sob diversos ângulos diferentes; segundo Ernesto Artur Berg (2012), os conflitos podem ser divididos em pessoal, interpessoal e organizacional. O conflito pessoal não é escopo do Direito, mas da Psicologia, destacando-se o interpessoal (conflito entre duas ou mais partes) e organizacional (não tem o seu foco em valores pessoais em geral, mas sim de assunto externos à empresa).

Friedrich e Weber, citados por Burbridge e Burbridge (2012), entendem que o conflito organizacional subdivide-se ainda em mais

duas classificações, quais sejam: o conflito interno, que ocorre dentro de uma empresa entre os funcionários e patrões, e o externo, caracterizado pelos embates de empresas contra organizações em geral.

Após o debate e o embasamento criado em volta da palavra conflito, é importante conhecer também as causas que geram os conflitos. Pode-se afirmar que o conflito se origina através de diferenças pessoais ou de competência, assim como da escassez de recursos. Contudo, além das diferenças e necessidades, existe outro motivo não menos importante para a criação de um possível conflito: mudanças. Tudo o que muda tende a se conflitar com os seus antigos valores ou crenças. Por isso, podemos interconectar ambos os pensamentos vindos de Luiz Fernando do Vale Almeida Guilherme (2018), Friedrich e Weber (*apud* Berg 2012) e trazer à luz que um conflito, depois de iniciado, poderá aumentar e se problematizar com o passar do tempo ou extinguir-se de modo positivo.

Essa escalada progressiva do conflito, que representa a sua solução negativa, visualizada por Rubin e Kriesberg (*apud* CNJ, 2016, p. 54), caracteriza-se por uma ação e reação mais violenta, num círculo vicioso, dificultando o seu fim, pois as causas iniciais que geraram o conflito tornam-se secundárias, tendo em vista que as partes ficam mais engajadas em responder a uma ação que imediatamente antecedeu a sua reação, esquecendo-se de como tudo começou.

A espiral do conflito pode ser exemplificada na obra cinematográfica brasileira “O som ao redor’’ (2012), dirigida e escrita por Kleber Mendonça Filho, ganhador do prêmio de melhor roteiro original pelo Grande Prêmio do Cinema Brasileiro. No filme, destaca-se o conflito que se inicia com o assassinato praticado por um grande

latifundiário contra um de seus guardas da segurança privada, por causa de uma cerca mal colocada. Os dois filhos desse guarda de segurança, crianças quando o pai foi assassinado, adentram a vida do assassino como guardas de segurança e buscam vingança contra o grande latifundiário, dando continuidade ao ciclo de violência e escalada progressiva do conflito. É claro que o caso exemplificado acima demonstra a autotutela - a forma mais violenta de solução - que os envolvidos podem chegar quando o conflito não é resolvido logo no início, permitindo-se a progressão da violência a cada ação e reação.

No entanto, ainda que as pessoas não cheguem a uma escalada tão intensa como a supracitada, em âmbito cível, é sabido que, se o conflito não for tratado da forma adequada, poderá comprometer o relacionamento definitivamente, mesmo quando se referir ao âmago mais central de uma família, trazendo prejuízos irreversíveis.

Dessa forma, com mais influência por parte da psicologia do que do estudo social, observa-se que na moderna teoria do conflito, deve-se perceber o conflito como algo bom, cuja solução deverá trazer satisfação a todos os lados, para que então possa haver uma solução definitiva e evitar-se novas questões no futuro. (LEITE, 2017, on-line).

Atualmente, o próprio Estado, na busca por mais eficiência na solução de conflitos, já compreendeu sobre a necessidade de fomentar outras formas de soluções de conflitos, além do método judicial – processo litigioso – devendo-se utilizar, para cada tipo de conflito, um método que seja mais adequado.

3 MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS - MASCS

Normalmente, essa concentração de poder, especialmente no Estado, pelo Poder Judiciário, proporcionava apenas um modelo de processo litigioso para solução de todo tipo de conflito, não sendo suficiente para dar uma solução integral a todos os jurisdicionados, apesar do princípio constitucional de acesso à justiça, além de provocar no jurisdicionado um certo comodismo, gerando uma cultura litigiosa. A esse respeito, Lorencini explica que:

> Mas não se pode negar também a parcela de comodismo daqueles que, em uma relação equilibrada, preferem entregar na mão de outro – no caso, o Estado – a solução de um problema. Esta postura que, estereótipos a parte, se amolda a um modelo paternalista de relação entre cidadão e Estado, fez com que os métodos de solução de controvérsias diferentes da sentença judicial não se desenvolvessem a contento. (LORENCINI, 2012, p. 60).

A partir desse contexto, o sistema multiportas, apresentado por Frank Sander, propõe um método novo, em que podem conviver diversos métodos de solução conflitos, aplicando-se o mais adequado ao caso concreto, tendo em vista a eficiência, celeridade, menos desperdícios e justiça na decisão e utilizando-se o próprio sistema judiciário.

Pode-se dizer que os métodos extrajudiciais ganharam maior destaque a partir das três ondas do acesso à justiça, propostas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, na obra Acesso à justiça. A primeira onda inicia-se com a tentativa de adequar a justiça para os pobres, criando a

justiça gratuita para os que não possuem condições de arcar com os custos. É um avanço marcante para o Direito, mas ainda é um sistema que necessita de atenção por ser falho, uma vez que não atinge o seu objetivo frequentemente, sendo a sua efetivação perfeita uma " igualdade de armas", como é dito por Cappelletti e Bryant (1988, p. 15).

No caso da segunda onda, esta foi causada por uma busca de uma representação de interesses difusos, para os quais, o Estado não detinha capacidade técnica ou experiência para a sua eficiência total. Como confirmação, Cappelletti diz:

> A reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica em áreas não jurídicas [...]. Em vista disso, o Ministério Público e suas instituições correspondentes não dispõem do treinamento e experiência necessários para que sejam eficientes. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50)

Por último, observa-se a terceira onda, que trouxe uma nova visão de acesso à justiça com outros métodos, englobando a primeira e a segunda ondas e criando aproximações diferentes para um conflito por uma reforma no judiciário. Isso revela que não é apenas o Poder Judiciário que pode resolver conflitos entre as partes.

Gabbay explica:

> (...) os meios alternativos estão relacionados à terceira onda de acesso à justiça, na qual a perspectiva dos usuários da justiça se destaca nos debates sobre acessibilidade e, por conseguinte, sobre o custo, duração, e em geral sobre os obstáculos – econômicos, culturais e sociais – que com tanta frequência se interpõem entre o cidadão que demanda justiça e o procedimento destinado a concedê-la. (GABBAY, 2013, p. 67).

Lorencini (2012, p. 60) explica que o *ADR movement* tem seu berço no direito norte-americano, que acabou por congregar vários métodos de solução de conflitos, como espécies alternativas ao processo litigioso. Pode-se afirmar que a sua importância adveio de vários setores da sociedade, como fruto dos movimentos sociais, mas também do interesse de agentes econômicos que pretendiam uma forma mais rápida e menos custosa.

Embora habitual a ideia de que apenas o Judiciário poderia solucionar os conflitos, esse é um mito que vem caindo por terra também, no Brasil. Aliás, tanto o Judiciário (Resolução 125/2010) como o próprio legislador infraconstitucional brasileiro (Lei 9.307/97, Lei 13.140/15 e Lei 13.105/15 dentre outras), vêm admitindo que não consegue trazer uma solução integral para os conflitos por meio apenas do processo litigioso, já que este pode provocar o surgimento de novas questões, secundárias, que provocarão o ajuizamento de novas ações judiciais, conforme o tipo de conflito que lhe é submetido.

Antes de adentrar nos métodos em si, vale a pena relembrar a sua classificação em autocompositivos e heterocompositivos, conforme proposta de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, citado por Rossaneis e Nunes (2017, p. 97), cuja classificação leva em consideração o poder de decisão conferido as partes ou ao terceiro para a solução do conflito. Na autocomposição, a solução vem diretamente das partes em conflito, podendo ou não ser auxiliadas por um facilitador, que não têm poderes para decidir por elas, mas possui o papel fundamental de ajudar a manter ou criar a boa comunicação entre as partes. Enquanto na heterocomposição, as partes submetem-se à decisão de um terceiro, que

poderá ser representante do Estado, como no caso do Juiz togado, ou não, como no caso do árbitro.

3.1 Mediação

No Brasil, desde a década de 1990 até 2014, tramitaram no Senado Federal e na Câmara dos Deputados inúmeros projetos de lei pretendendo a regulamentação da mediação, contudo, não tiveram sucesso (ROSSANEIS; NUNES, 2017, p. 162). Somente, em 2015, a Mediação foi reconhecida como um método válido de solução de conflitos, tanto pela Lei 13.105/15 como por seu marco regulatório, com a Lei 13.40/15; embora o CNJ tenha iniciado, por meio da Resolução 125/15, uma tentativa de implementação da Mediação no Judiciário, porém, com bastante confusão entre mediação e conciliação, a princípio.

De acordo com Barcellar (2016), a mediação

> (...) além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos por um terceiro mediador [...] que tem por objetivo solucionar pacificamente a divergência entre pessoas, fortalecendo suas relações. (*Apud* BARCELLAR, 2003).

Gladys Stella Álvarez (2003, p. 135) define a mediação como: "Procedimento de resolução de conflitos flexível e voluntário, em que um terceiro neutro – o mediador – facilita as negociações entre as partes para ajudá-las a chegar a um acordo."[41].

É possível observar que o uso da mediação é importante para relações nas quais se nota uma necessidade da preservação do relacionamento entre elas, devendo ser aperfeiçoada a comunicação.

---

[1]Tradução livre.

Compreendendo o legislador a finalidade da mediação, estabeleceu no art. 165, § 3º que:

> O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Para exemplificar como o processo litigioso é prejudicial para os relacionamentos que envolvem conflitos matrimoniais e de filiação, optou-se pela análise da obra cinematográfica ‘’A história de um casamento’’, com a indicação do Óscar de melhor filme, lançado em 2019 e dirigido por Noah Baumbach. Tal obra tem seu destaque pelo drama exacerbado da história de um casal, em fase de divórcio, podendo-se observar que a escala do conflito vai crescendo conforme se desenrola o processo litigioso, uma vez que as partes não conseguem dialogar honestamente sobre o que está acontecendo, havendo ainda a intervenção e manipulação dos advogados para que o casal permaneça no litígio, uma vez que os honorários advocatícios podem ser assim justificados.

A relevância da citação de tal filme se dá para demonstrar que um erro do mediador é comprometedor e leva tal conflito para o Poder Judiciário rapidamente, como ocorre logo no início, quando o casal decide buscar a mediação para auxiliá-lo na fase de separação, mas, de alguma forma, não confia no método aplicado pelo mediador e começa a busca pela solução do conflito pelo método heterocompositivo. A respeito, Barcellar explica que:

> [...] o desafio do mediador será o de buscar, por meio de técnicas específicas, uma mudança comportamental que ajude os interessados a perceber e a reagir ao conflito de uma maneira mais eficaz. (BARCELLAR, 2016, E-book).

Verifica-se também a importância de o mediador utilizar e ensinar as partes a usarem a Comunicação Não-Violenta (CNV), bem como valorizar os princípios inerentes à mediação, os quais se encontram previstos no art. 166, do CPC/15, quais sejam: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

De acordo com Marshall (2006, p. 67), "o primeiro componente da CNV é observar sem avaliar; o segundo é expressar como nos sentimos'', pois "expressar nossa vulnerabilidade pode ajudar a resolver conflitos.".

Deve-se enxergar a mediação como um procedimento que exige um trabalho artesanal do facilitador, não devendo ser trabalhada de "[...]forma mecanizada, como hoje infelizmente se faz nas audiências prévias ou de conciliação nos Juizados especiais [...]" (PINHO, MAZZOLA, 2019).

O trabalho de um mediador vai além de guiar de forma imparcial as partes para uma solução do conflito; ele deve buscar a melhoria ou restabelecimento da comunicação entre as partes conflitantes, assim como o seu empoderamento, fazendo com que se sintam capazes de tomar decisões por si mesmas, com diálogo e respeito mútuos. É necessário auxiliar as partes a perceberem outros aspectos do conflito, por meio da exposição sincera de seus sentimentos e pelo exercício da

escuta ativa, pois, na mediação, o diálogo, nas suas diversas formas, é o caminho para o consenso.

3.2 Conciliação

Cumpre salientar que não é incomum a confusão entre a conciliação e a mediação. No entanto, o legislador brasileiro preferiu diferenciar os dois métodos, compreendendo que a conciliação é uma ferramenta mais célere e que não exige o aprofundamento em sentimentos e emoções das partes, focando no acordo e encerramento da questão, tratando-se também de um método autocompositivo. De acordo com o § 2º, do art. 165, da Lei 13105/15, *in verbis*:

> O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Enquanto a mediação busca conduzir as partes a uma solução satisfatória pela exposição sincera de sentimentos e emoções, da compreensão e do perdão, o que exige mais tempo para o procedimento e ferramentas especializadas da psicologia e da análise do discurso, a conciliação busca sugerir soluções diretamente pela análise do interesse das partes.

Assim, um conciliador imparcial e capacitado, de acordo com Lilia e Emmanuela (2014, on-line), deverá, por meio do diálogo, escuta ativa e discussão dos interesses, sugerir soluções compatíveis com os interesses das partes, a fim de que as partes optem por uma solução mais célere, justa e satisfatória para todos os envolvidos.

Teixeira Filho, citado por Lima e Cordeiro (2013, p. 420), compara a conciliação a uma transação, a um negócio jurídico entre as partes bilateral, desenvolvida consensualmente, cuja participação do terceiro – conciliador – deve ser imparcial e diversa

> [...] do sujeito que apenas media o conflito e aproxima os pares, aconselhando para que eles diretamente encontrem uma forma de solução para o conflito, de maneira consensual. Na visão do autor, na conciliação, o terceiro age de maneira mediata na busca de solução do conflito, aspecto que a diferencia da mediação e da arbitragem. (TEIXEIRA FILHO apud LIMA e CORDEIRO, 2013, p. 421).

Tradicionalmente, no Brasil, a conciliação vinha sendo atrelada ao processo judicial, tanto em sede de juizados especiais, quanto em outros tipos de procedimentos judiciais e, na maioria das vezes, com a participação obrigatória das partes na audiência conciliatória, por se tratar de um procedimento bastante rápido e eficaz para a autocomposição. No entanto, o novo CPC trouxe a ideia da conciliação também em âmbito extrajudicial e pré-processual, como já bastante utilizada em outros países.

Ocorre que, no Brasil, a obrigatoriedade da conciliação em processos litigiosos juntamente com a má qualidade na condução dos procedimentos de conciliação, tanto em âmbito cível quanto trabalhista, provocou uma ideia equivocada sobre a conciliação e, consequentemente, o seu descrédito perante a população em geral, e até mesmo perante os operadores do Direito, como os próprios advogados que haviam deixado de crer que uma conciliação judicial pudesse se dar a contento das partes.

Necessário salientar, quanto a esse aspecto, que o Conselho Nacional de Justiça, desde 2010, vem exigindo, por parte de seus tribunais, a capacitação de seus conciliadores, inclusive com curso de pelo menos 20/40 horas e comprometimento com a continuidade do aperfeiçoamento e qualidade na atuação do conciliador. Essa ainda é uma luta que se trava no Brasil, pois, apesar de tais exigências, os tribunais estaduais têm protelado as decisões sobre a profissionalização do conciliador bem como sobre a remuneração deles, impedindo o progresso no aprimoramento dos conciliadores judiciais e sucesso nas conciliações. Em contrapartida, cada vez mais, os advogados brasileiros vêm buscando aperfeiçoamento sobre os métodos alternativos, a fim de aplicá-los com seus clientes e evitar ao máximo o litígio, em casos que métodos autocompositivos podem surtir efeitos mais positivos para as partes.

3.3 Arbitragem

A arbitragem é um método bastante antigo e usado principalmente para demandas internacionais, em virtude das inúmeras vantagens em comparação ao método judicial tradicional, uma vez que caberá as partes em conflito escolherem o direito que incidirá sobre o caso, bem como suas regras procedimentais e, principalmente, quem será o julgador no caso concreto.

Para Lorencini, “[...] a arbitragem situa-se no outro extremo e consiste em duas ou mais partes que confiam a um terceiro, imparcial, – uma pessoa ou várias reunidas em um órgão colegiado (painel) – a decisão a respeito de uma controvérsia.’’ (LORENCINI, on-line).

Cavalcanti explica que:

> Por um lado, a arbitragem decorre unicamente da vontade das partes. Um determinado conflito somente será submetido à arbitragem se houver manifestação das partes neste sentido. Vigora, portanto, o princípio da autonomia da vontade, que é eminentemente privatista. Essa característica se evidencia na medida em que cabe às partes determinar qual será a lei (material ou processual) aplicável no procedimento arbitral, podendo, ainda, optar por arbitragem de direito ou de equidade (art. 2º, caput e §1º, da Lei nº 9.307/96). Sobre a manifestação de vontade nos negócios jurídicos. (CAVALCANTI, on-line).

Para o exercício da função de árbitro, não é necessário que se tenha tido experiência como juiz togado, mas apenas que seja imparcial, tenha responsabilidades e conhecimento sobre o assunto objeto da arbitragem, assim como saiba conduzir um procedimento arbitral. Segundo Cícero *apud* Melo, o conhecimento exigido para o árbitro decorre de quatro fontes: 1) o conhecimento ou sabedoria; 2) o sentimento da comunidade humana, de justiça; 3) a magnanimidade – alma nobre e generosa; e 4) a inclinação para a moderação, ou seja, temperança. Vê-se, de pronto, que não se obtêm estes atributos por meio de um diploma de graduação, pois é algo que se possui desde o nascimento e é cultivado na vida: o caráter.

A Lei n° 9.307/96 determina em seu artigo 13 que "pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes". Estes são os atributos necessários para ser indicado como árbitro.

O juiz deve exercer sua função dentro dos limites do ordenamento jurídico, cabendo a nulidade da sentença quando proferida fora dos limites da tutela jurisdicional pretendida, não podendo ser infra, extra ou ultra petita. O árbitro, no entanto, poderá inclusive julgar por equidade,

atrelando-se as condições pactuadas entre as partes e não a um ordenamento jurídico específico; pode decidir pelas leis do comércio internacional ou outra qualquer, determinadas pelas partes. As partes, em contrapartida, ficam obrigadas a arbitragem apenas se assim, decidirem conjuntamente; não se pode obrigar alguém a participar da arbitragem, sem o consenso.

Todavia, depois de optarem pela arbitragem, não se aceita a desistência unilateral para a busca de outro método de solução de conflitos, caracterizando-se a sentença arbitral como um título executivo judicial, com a mesma força que qualquer sentença estatal, não sendo passível de recurso a outro órgão arbitral ou judicial nos termos da Lei 9.307/96.

Como podemos perceber, existe a opção de escolher mais de um árbitro para o julgamento do caso, desde que constituído em número impar, conforme salienta Alexandre Freitas Câmara apud Cavalcanti:

> É certo que o número ímpar não afasta totalmente a possibilidade de um 'empate'. Basta pensar na hipótese em que um dos árbitros entenda que um dos litigantes deve pagar ao outro a quantia de dez mil reais, outro árbitro entenda que o débito é de vinte mil reais, e o terceiro entenda que o débito é de cinquenta mil reais. Ou ainda que um dos árbitros entenda deve um dos litigantes entregar ao outro um bezerro, o segundo árbitro entenda que deve ser entregue um potro, e o terceiro entenda deve-se entregar ao vencedor um cabrito. As posições são inconciliáveis, não havendo previsão na lei para um método de desempate. Nada impede, é certo, que as partes estabeleçam os critérios para solucionar o problema no próprio compromisso, mas isto, com certeza, raramente ocorrerá. Prevalecerá, então, o

> voto do presidente do colegiado, nos termos do disposto no art. 24, §1º, da Lei de Arbitragem.

A arbitragem só pode ser empregada desde que seja de livre e espontânea vontade das partes. Explicam os autores Ruiz, Nunes e Cavvazani que existem dois modos de se empregar o uso da arbitragem, pela cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula e o compromisso são dois contratos feitos entre as partes; porém a cláusula compromissória é estabelecida prevendo um futuro litígio que possa eventualmente acontecer instituindo regras, local, as despesas, definindo já o árbitro. Entretanto, pode acontecer que essa cláusula possa acabar ficando vazia para, quando o litígio acontecer, as partes definirem.

O compromisso arbitral é quando ocorre um litígio sem antes ser previsto, um exemplo é um acidente de carro, em que um carro bate no outro, então as partes designam a arbitragem e, assim, é feito o compromisso arbitral.[5]

Nos casos em que a cláusula compromissória for vazia, ou seja, apresentar lacunas que impedem a pronta instauração da arbitragem, deve-se utilizar o rito disposto no artigo 6º da Lei nº 9.307/96, o qual estabelece:

---

[5] “ Em essência, as duas opções levam ao mesmo fim, recorrer à Arbitragem, todavia cabe ressaltar suas diferenças, que terão efeito prático ao longo do tempo da contratação. A cláusula compromissória é um dispositivo expresso no próprio contrato firmado entre as partes, que prevê a utilização da Arbitragem, caso surja eventual conflito, no futuro. Logo, a cláusula representa um evento futuro, de forma a prevenir deterioração da relação contratual. Essa cláusula pode tanto prever o completo procedimento da Arbitragem, desde regras, local, divisão de despesas, quanto deixar essa previsão vazia, preferindo estabelecer o procedimento no futuro, após surgir o litígio.
Em contrapartida, o compromisso arbitral nada mais é do que a convenção de Arbitragem quando emerge o conflito, por necessidade de resolvê-lo. Ele pode servir tanto para preencher a cláusula compromissória vazia como para estabelecer, de início, regras de procedimento.’’ (RUIZ, NUNES e CAVVAZANI, p. 37, on-line).

> Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

A falta de colaboração entre as partes na arbitragem é bastante negativa e acarreta prejuízos a todos os envolvidos, pois um dos objetivos do sistema multiportas é minimizar o congestionamento dos tribunais; mas a cláusula compromissória vazia pode gerar o retorno ao judiciário para solução desse impasse.

Um caso de arbitragem internacional que pode ser usado a título de exemplo é retratado no filme "A dama dourada'', dirigido por Simon Curtis, lançado em 2015. A obra retrata o caso verídico de Maria Altmann, judia refugiada em Los Angeles que na, década de 1980, tentou recuperar um quadro da sua família - a pintura *Retrato de Adele Bloch-Bauer I*, de Gustav Klimt, que estava na posse da República da Áustria, e havia sido tomado de sua família pelos nazistas, pouco antes da segunda guerra mundial. As dificuldades em recuperar o bem advinham principalmente por se tratar de um dissídio internacional, necessitando de um julgador totalmente imparcial, resultando na escolha do método de arbitragem para uma solução mais justa no caso.

3.4 Negociação

A negociação sempre existiu em nossas sociedades. Percebe-se a negociação na época que existiu o feudalismo, em que existia a barganha entre as pessoas, e os "espertos" sempre tentavam tirar

proveito nessas trocas. “Na verdade, a negociação faz parte do ser humano desde que aprende a reivindicar a sua vontade, necessidade ou aspirações, sendo usada no dia-a-dia das pessoas, em família, entre amigos, no trabalho etc.” (ANDRADE, ZANINI e GOELDNER).

Explica os autores Fisher, Ury e Patton que antigamente a negociação era mais relacionada “a atividades especializadas como reuniões de trabalho, fechar uma venda ou, talvez, a diplomacia internacional. Hoje em dia, a negociação feita por nós, sem percebermos, é quando vamos comprar um relógio, um carro e até mesmo na padaria.

Para que se exista uma negociação justa e saudável para ambas as partes, deve-se ter em mente que não se deve utilizar meios de manipulação para controlar a negociação, nem utilizar a barganha posicional.[6] Andrade, Zanini e Goeldner salientam o que se deve ter para uma negociação ser justa:

> Para que a negociação seja satisfatória, é importante que se concentre em obter um acordo que favoreça ambas as partes mantendo o relacionamento entre si. A negociação baseada em princípios tem essa finalidade. Platão em sua época, já afirmava: “é justo dar a cada um o que é devido”. Negociar com base nos méritos mostra como obter o que se tem direito agindo honestamente.

Na perspectiva de Alessandra Mourão, Anita Campos, Monique Azevedo e Monica Simionato, as partes devem agir na negociação da seguinte maneira:

[6] “E a barganha posicional deixa de atender aos critérios básicos de produzir um acordo sensato, de modo eficiente e amistoso.’’ (Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton).

> A negociação segue alinha da informalidade do processo, cabendo às partes a coordenação de eventual procedimento e sua organização. Em verdade, por suas características, pode-se dizer que a negociação está na base de todos os outros ADR, fundamentando sua estrutura.

Explicam Mourão, Campos, Azevedo e Simionato que, na negociação, as partes devem mostrar os interesses, as causas, os motivos, as regras, que, a partir do momento em que as partes não estejam apenas debatendo sobre o conflito, mas solucionando também, provavelmente fecharão um acordo em que ambas partes acabem saindo satisfeitas.[7]

A negociação por mérito causou grandes mudanças, gerando a criação de Códigos de Ética e Princípios de Conduta, para que os negociadores e os advogados adotem a boa-fé como fundamento em qualquer negociação, a fim de que esta seja efetiva e justa, proporcionando um resultado satisfatório a todos os envolvidos. Os negociadores que se habituaram a usar de meios antiéticos, como ferramenta nas negociações, podem até obter vantagens econômicas a princípio; no entanto, quando são descobertos, perdem a sua credibilidade e posição profissional.

Observa-se que a negociação é um dos meios menos formais de resolução de conflitos, podendo ser aplicada por qualquer pessoa, inclusive pelas próprias partes, sem auxílio de advogado ou de um

---

[7] Hoje em dia é largamente reconhecido que existem formas cooperantes de negociarmos as nossas diferenças e que, mesmo quando não conseguimos encontrar uma solução em que ambas as partes ganhem, é sempre possível chegar a um acordo sensato, melhor para ambas as partes do que a alternativa (Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton).

facilitador. Um seriado de televisão americano que representa muito como a negociação é realizada nos EUA por advogados de renome, geralmente formados em Harvard, é ***''Suits'.*** Este demonstra que, na grande maioria dos casos em que as partes priorizam a negociação ao invés de levar o conflito imediatamente para o tribunal, tem-se também a satisfação das partes e dos advogados com a solução conferida ao conflito, pois traz vantagens para todos os lados.

4. O SISTEMA MULTIPORTAS

4.1 Origens

Roscoe Pound, em 1906, iniciou em Minnesota estudos e palestras na busca de encontrar soluções para a insatisfação do jurisdicionado, em decorrência da ineficiência da Justiça Estatal. Em continuidade aos referidos estudos, Frank Sander apresentou na Pound Conference, em 1976, o sistema multiportas – Multi-door Courthouse -, o qual consiste em:

> Ao invés de uma única porta direcionada ao Judiciário, um centro de solução de conflitos localizado na Corte poderia oferecer várias portas através das quais os indivíduos acessariam diferentes processos (mediação, arbitragem, factfinding, dentre outros).
> Segundo Sander, esse centro de solução de conflitos se destinaria quer às demandas já apresentadas à Corte quer às demandas ainda não ajuizadas (fase pré-processual), e desde então já alertava que o trade-off em melhorar o esquema de solução de conflitos seria aumentar o número de disputas a serem processadas, enfrentando uma litigiosidade antes contida. (GABBAY, 2013, p. 123, 124).

Muitas pessoas levam qualquer caso ao Poder Judiciário para resolver seus conflitos, e acabam esquecendo ou até mesmo nem sabem que existem outras opções de métodos para a solução dos conflitos. “Não é apenas o Poder Judiciário que resolve conflitos.” (LORENCINI, on-line).

Segundo Lorencini, o sistema multiportas é um nome que se dá para as diversas opções existentes, com especificidade para cada caso, que é utilizado para resolver um conflito que não seja no tribunal. Estes métodos podem ser utilizados a pedido do Estado ou não, devendo ser requerido pelas partes. Na maioria dos métodos, existe um terceiro que analisará ambos os lados e oferecerá uma saída que fique justa para todos. A partir da análise de Pavinato, podemos perceber que os meios de se resolver um conflito, hoje em dia, está repleto de conhecimentos diversos para se resolver um litígio, garantido um poder de acesso à justiça maior e mais eficaz.

“Estes métodos alternativos, pressupõe não entregar a solução de um impasse a outra pessoa, mas sim participar ativamente dessa solução e, por consequência, do seu próprio destino.” (LORENCINI, on-line). A maioria das pessoas que optam por escolherem estes métodos alternativos, ao final do conflito, acaba saindo muito mais satisfeita do que se realmente tivesse levado a um tribunal tradicional, em que provavelmente o processo, até a sentença, levaria muito mais tempo e o financiamento para dar continuidade ao processo também seria maior. Às vezes, até passaria por momentos constrangedores, os quais, pela modalidade de meios alternativos, evitaria esses meios importunos, pois é privado e acaba não indo a público.

4.2 Sistema Multiportas no Brasil

Daniela Monteiro Gabbay explica que os conflitos podem ser direcionados, via de regra, à solução por métodos alternativos, por livre vontade das partes, determinação legal ou determinação judicial (GABBAY, 2013, p. 5). No Brasil, verificou-se que a cultura litigiosa somada ao desconhecimento sobre os MASCs vinha sendo um obstáculo para a busca consensual pelos métodos alternativos, em especial, os autocompositivos. E, ao contrário do que ocorria nos EUA – onde apenas 5% dos processos são julgados e os demais são resolvidos consensualmente – no Brasil, os índices eram inversos. (GABBAY, 2013, p. 7).

Desta forma, houve a necessidade de que o Conselho Nacional de Justiça, aliado aos demais Poderes Executivo e Legislativo, adotassem medidas mais enérgicas com intuito de difundir e concretizar a busca e o uso pelos MASCs no Brasil, conforme explicita Carlos Alberto de Salles, citado por Gabbay:

> (...) a assimilação pelo sistema jurídico brasileiro de mecanismos alternativos de solução de conflitos leva a uma nova consideração do próprio conceito de jurisdição, que recai sobre sua função de pacificação social e atividade caracterizada enquanto método de solucionar disputas. O conceito de jurisdição passa a ter que contemplar mecanismos alternativos de solução de conflitos, dando novo sentido à garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição. (CF, art 5º, XXXV) (GABBAY, 2013, p. 19).

Até a publicação do novo Código de Processo Civil, podia-se dizer que o Brasil era um país atrasado com relação a garantia do direito da solução de conflitos por meios alternativos. O Código de Processo

Civil de 2015 veio garantir esse direito, implantando o sistema multiportas no Brasil e o Judiciário criou vários Centros de Solução de Conflitos, oferecendo nas formas pré-processuais e processuais uma variedade de métodos alternativos, a fim de que as partes possam ver a solução integral de seu conflito, por um método mais célere e menos custoso que o processo litigioso.

Tal determinação adveio primeiramente da Resolução 125/2010; no entanto, os Tribunais não lhe deram a devida atenção, e somente em 2015, com o novo CPC- Lei 13.105/15, é que realmente os Tribunais se viram obrigados a criar os CEJUSCs, conforme previsão do art. 165.[8]

No ano de 2010, houve uma quantidade aproximada de 24,2 milhões de processos judiciais, em que foram proferidos 22,2 milhões de casos; observa-se que restaram 2 milhões de casos que não foram julgados. Após a introdução do novo CPC, em 2015, houve uma significante diminuição de processos não julgados. Pode-se usar de exemplo o caso de 2019, que solucionou 35,4 milhões de casos; segundo o site do CNJ, no ano de 2019, ocorreu a menor taxa de congestionamento dos tribunais em 68,5%, sendo o menor índice em todos os anos.

Os CEJUSCs ainda não conseguem oferecer de maneira adequada os seus serviços, pela falta de estrutura e facilitadores capacitados; são, portanto, um pouco mais eficientes nos grandes centros e regiões metropolitanas, tendo em vista a sua recente implantação.

---

[8] Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

No entanto, é grande a expectativa de que os métodos de conciliação e mediação pré-processuais e processuais, sejam um instrumento eficaz no combate à cultura litigiosa e sobrecarga do judiciário, pelo fato de pacificarem de forma integral o conflito, evitando o ciclo de encerrar um processo e iniciar outro sempre que surgir uma questão entre as partes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema multiportas, contemplado pelo Código de Processo Civil de 2015, porém, tendo como embrião a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, se propõe a dar concretude a garantia de acesso à justiça proposta pela Constituição Federal de 1988, confirmando a efetividade do Estado de Direito na resolução dos conflitos.

A crise do Judiciário brasileiro não é mais novidade, sendo de conhecimento geral que trabalha com uma sobrecarga imensa, lentidão e altos custos, mesmo diante das inúmeras providências legislativas para dar acesso à justiça ao longo das últimas décadas.

Não visualizando mais opções que pudessem transformar o próprio processo judicial e todo o sistema existente, o Estado brasileiro passou a tomar como exemplo para a referida crise soluções apontadas por outros países, dentre as quais, o sistema multiportas. Neste, o próprio tribunal pode oferecer vários métodos de solução de conflitos, tirando o monopólio do processo heterocompositivo, cujo processo é mais custoso, mais demorado e mais destrutivo para determinados tipos de conflitos.

Sendo assim, atualmente, o Judiciário, pelos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos, pretende oferecer, com baixo custo e eficiência, os métodos autocompositivos para solução de conflitos, tanto em âmbito processual como pré-processual, fazendo com que as partes e seus advogados experimentem novas formas de resolver os problemas, em especial, por meio de procedimentos que permitam uma solução integral e satisfatória do conflito.

Para tanto, a resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça passou a exigir para o exercício da função de mediador e conciliador a conclusão de curso de capacitação promovido pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Entretanto, os referidos cursos ainda são pouco divulgados e têm se restringido aos próprios servidores públicos ou conciliadores já nomeados pelos tribunais, com as vagas limitadíssimas, dificultando o acesso a outras pessoas interessadas em se profissionalizar na área.

Concomitantemente a este problema, deparamo-nos com a dificuldade de disseminação dos Centros Judiciários nas comarcas, vez que estão sendo criados a passos lentos, mais intensamente nos grandes centros, como se verifica pelos dados fornecidos no site do Conselho Nacional de Justiça. Essa lentidão justifica-se principalmente pela falta de investimento financeiro por parte do próprio Poder Judiciário, já que os métodos autocompositivos, para maior eficácia, dependem de salas apropriadas e de uma estrutura física a parte dos Fóruns e Juizados, como prevê o art. 8°, §§ 3º e 4°, da Resolução 125/2010.

À guisa de exemplo, cita-se o Centro Judiciário inaugurado em novembro de 2013 na comarca de Maringá/PR, cujas instalações estão sediadas no mesmo prédio do Fórum Central, ficando limitado a

realizar as audiências de conciliação e de mediação em períodos que as salas de audiência não estejam sendo utilizadas, além de ter salas muito apertadas e sem as condições adequadas para os procedimentos.

Infelizmente, a deficiência de estrutura física se repete pelas demais comarcas afora, observando-se a carência de condições apropriadas para a realização das sessões de mediação e conciliação, como salas que garantam a confidencialidade e a espera - essenciais para realização das sessões individuais-; tudo isso visando o melhor estado emocional das partes, fundamental para o sucesso do método.

Portanto, constata-se também a fragilidade de apoio prático e financeiro dos Tribunais de Justiça Estaduais e do próprio Conselho Nacional de Justiça com relação a estrutura física dos Centros Judiciários, obrigando, mais uma vez, os Coordenadores dos Centros a socorrerem-se aos demais setores da sociedade para conseguir espaço físico e aparelhamento para os referidos órgãos.

Outra dificuldade encontrada está no fato dos Juízes Coordenadores dos Centros Judiciários terem de despender esforços sobrenaturais para conciliar o trabalho que já exercem nas varas ou juizados em que estão togados e o acréscimo da função de Coordenador do Centro Judiciário, assim como a maioria dos conciliadores e mediadores serem pessoas voluntárias, não remuneradas pelo exercício da função.

Desta forma, ainda que recente a instituição do sistema multiportas no Brasil, já se verifica a necessidade de maior investimento na expansão dos cursos de capacitação dos facilitadores, ampliando-se o acesso dos cursos aos demais cidadãos disponibilizando-os nas próprias comarcas, bem como na propagação e estruturação dos Centros

Judiciários em todas as comarcas brasileiras, a fim de proporcionar a população maior acesso aos métodos autocompositivos.

Destaca-se que a inserção obrigatória da disciplina de métodos de solução de conflitos nas grades curriculares das faculdades e também nos Núcleos de Prática Jurídica das Instituições também facilitaria a propagação de tais instrumentos no Brasil. Essa inserção, na prática acadêmica, além de incentivar a utilização dos métodos autocompositivos para aqueles que serão os futuros advogados, juízes e promotores, também selecionaria o número de processos que chegam ao judiciário por meio dos núcleos jurídicos.

Não se pode negar o fato de que os advogados que não tiveram contato, no transcurso de sua graduação, com a disciplina de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, apresentam maior dificuldade em aceitar tais métodos, até mesmo pela visão mesquinha de que a cultura do litígio nos traz, segundo a qual, *uma boa demanda é a justificativa para bons honorários e valorização profissional*. Necessário ressaltar que a autocomposição não anula o importante papel dos advogados, inclusive no próprio cenário da mediação, devendo, eles mesmos, colocarem-se como aliados na busca por uma solução justa e rápida para o caso concreto.

Ora, os métodos autocompositivos não têm o condão de fazer cessar os processos judiciais, nem têm esse escopo, mas deve-se atentar para o absurdo vivenciado pelo Poder Judiciário em virtude do número infindável de matérias com as quais tem de lidar e de demandas desnecessárias, casos em que o diálogo e a compreensão seriam suficientes para uma solução justa por meio da autocomposição.

Os grandes litigantes também deveriam ser estimulados a buscar a autocomposição, vez que os processos com matérias semelhantes lotam os juizados especiais, por exemplo. São indenizações por danos morais e materiais, por parte de consumidores, que não acabam e verifica-se que a atitude destas grandes empresas é sempre a mesma: sem acordo na 1ª audiência de conciliação, arrastando o processo até o último grau de recurso possível. Uma estratégia, para que essas grandes empresas fossem forçadas a tentar uma autocomposição real, seria obrigá-las a se representar por prepostos que conheçam os fatos e que sejam funcionários com cargos de gerência, pois na imensa maioria das audiências comparecem tanto um advogado correspondente que não tem qualquer poder para gerir o processo, bem como um preposto, que da mesma forma, não está preocupado – ou não tem poder - em compor com o consumidor.

A confidencialidade proporcionada pelos métodos autocompositivos, dentre outros, é um ponto favorável para que os grandes litigantes se interessem pelo método, pois uma composição não originaria fato jurisprudencial.

Enfim, é essencial um maior envolvimento prático e financeiro, dos Tribunais brasileiros, das instituições públicas e privadas da área de ensino, da Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias, Ministério Público e grandes litigantes, com a sua participação efetiva nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania para que a pacificação social seja um anelo possível em nosso país.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Gabriele. **História de um casamento**. Disponível em: https://medium.com/@gabrielealbuquerquesilva/história-de-um-casamento-uma-leitura-através-da-cnv-e-da-mediação-66163e293412 Acesso em: 15 set. 2020.

ARISTÓTELES. **A Política**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

ANDRADE, Marcio Augusto Dias; NUNES, Tais Zanini de Sá Duarte Nunes; OLIVEIRA, Débora Goeldner Pereira Oliveira. **A NEGOCIAÇÃO BASEADA EM PRINCÍPIOS COMO FERRAMENTO ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO.**

ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de. [et. all]. **Princípios de negociação**: ferramentas e gestão. São Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, André Gomma de (org). (2009), **Manual de mediação judicial de conflitos**. Ministério da Justiça do Brasil.

BARCELLAR, R. P.; BIANCHINI, A.; GOMES, L. F. **SABERES DO DIREITO 53 - MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BERG, Ernesto Artur. **Administração de conflitos**: abordagens práticas para o dia a dia. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. **Arbitragem**. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/arbitragem_2014-2.pdf. Acesso em: 23 de ago. 2020.

CNJ. **Manual de Mediação Judicial**. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/programas_projetos/gase/Manual_de_Mediacao_Judicial_MPDFT_CNJ.pdf Acesso em 10 set. 2020.

DELGADO, José Augusto. **A Arbitragem.** Disponível em: https://core.ac.uk/reader/79060220. Acesso em: 23 de ago. 2020.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao SIM.** Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4424269/mod_resource/content/1/como%20chegar%20ao%20sim.pdf Acesso em: 25 de ago. 2020.

FRIEDRICH, Taíse Lemos; WEBER, Mara A. Lissarassa. **Gestão de Conflitos.** Disponível em: http://crars.org.br/artigos_interna/gestao-de-conflitos-transformando-conflitos-organizacionais-em-oportunidades-41.html Acesso em: 20 ago. 2020.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUILHERME, L. F. D. V. A. **LIV DIG MANUAL DE ARBITRAGEM DID AL.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUILHERME, L. F. D. V. A. **Manual de Arbitragem.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEITE, Gisele. **As modernas teorias do conflito e promoção da cultura da paz em face da contemporaneidade.** Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/coluna/2628/as-modernas-teorias-do-conflito-e-promocao-da-cultura-da-paz-em-face-da-contemporaneidade. Acesso em: 11 set. 2020.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. **Sistema multiportas.** Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php%3Fid%3D1600214&ved=2ahUKEwimu7KHuqXrAhXaCrkGHfzuBIA4ChAWMAR6BAgGEAs&usg=AOvVaw0QSD98nCsulJHNv_GFSFQ6. Acesso em: 20 de ago. 2020.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In. **Negociação, Mediação e Arbitragem**. SALLES, Carlos Alberto. LORENCINI,

Marco Antônio Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. [Coord.]. São Paulo: Método, 2012.

MELO, Gilberto. **A arbitragem e a ‘’profissão’’ de árbitro**. Disponível em: https://gilbertomelo.com.br/a-arbitragem-e-a-profissaoq-de-arbitro/. Acesso em: 23 de ago. 2020.

MOURÃO, Alessandra Nascimento S. F.; CAMPOS, Anita Pissolito; AZEVEDO, Monique Haddad Knochelmann; SIMIONATO, Monica. **Fundamentos da Negociação para o Ambiente Jurídico.** E-book.

PAVINATO, Otávio Barcelos. **O Sistema multiportas de resolução de conflitos.** Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/174595. Acesso em: 20 de ago. 2020.

PINHO, H. D. B. D.; MAZZOLA, M. **Manual de mediação e arbitragem.** São Paulo: Saraiva, 2019.

POZZER, Katla Marla Paim. **O Exercício do Direito na Mesopotâmia Antiga.** Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n3/doc/02-Katia_Pozzer.pdf. Acesso em: 26 de ago. 2020.

ROMERO, Joaquim. **Moderna Teoria do Conflito e da Violência Concorrentes para o Esclarecimento da Fenomenologia da Defesa**. Disponível em: https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/2989 Acesso em: 29 ago. 2020.

ROSENBERG, Marshall B, Comunicação não-violenta, p. 63, São Paulo, Ágora, 2006.

ROSSANEIS, Ana Claudia. NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte. **Mediação familiar brasileira como instrumento para concretização dos direitos da personalidade**. Maringá,PR: Caniatti, 2017.

RUIZ, Ivan Aparecido; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte; CAVVAZANI, Alexandre Zaporoszenko. **Arbitragem e Administração Pública Brasileira.** Disponível em: http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/DIR33-02.pdf. Acesso em: 27 de ago. 2020.

SALES, Lilia Maia de Morais; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios**. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/seq/n69/11.pdf. Acesso em: 17 set. 2020.

SANDER, Frank. Alternative Dispute Resolution in the United Estates: an Owerview. In: **ADR, arbitration and mediation:** a collection of essays. BETANCOURT, Julio Cesar. CROOK, Jason A. [Ed]. EUA: authorhouse, 2014. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Q7mfAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=SANDER,+Frank.+Alternative+Dispute+Resolution&ots=aKbFLbU2u6&sig=Jr_QKZLev6AfUSHvJj9cciRS6LY#v=onepage&q=SANDER%2C%20Frank.%20Alternative%20Dispute%20Resolution&f=false.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro.** Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79062893.pdf. Acesso em: 25 de ago. 2020.